

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

L. A. GEELHOED

van 27 april 2006¹**I — Inleiding**

1. Deze zaak stelt opnieuw het gevoelige onderwerp aan de orde van de voorwaarden waaronder de uit landen buiten de Europese Unie afkomstige familieleden van burgers van de Gemeenschap aanspraak kunnen maken op het recht om in een lidstaat van de Europese Unie te verblijven. In het bijzonder gaat het om de vraag of deze personen reeds legaal in de Europese Unie moeten verblijven alvorens aanspraak te kunnen maken op de rechten die zij naar afgeleid gemeenschapsrecht bezitten, zoals het Hof verklaarde in de context van de zaak *Akrich*.² Of behoeven zij alleen hun familieband met een burger van de Europese Unie aan te tonen, zoals het Hof oordeelde in het arrest *BRAX*?³

2. In mijn conclusie in de zaak *Akrich* heb ik gewezen op het fundamentele dilemma dat bestaat ten aanzien van de juridische status en de rechten van deze personen. Enerzijds ontlonen personen die familie zijn van een burger van de Gemeenschap en de nationaliteit van een derde land bezitten, rechten

aan de wettelijke bepalingen inzake het vrij verkeer van personen binnen de Gemeenschap. Anderzijds hebben de lidstaten, nu het gebied van de immigratie nog niet volledig is geharmoniseerd, de bevoegdheid behouden om regels te stellen voor de eerste toelating van onderdanen van derde landen tot hun grondgebied en, ipso facto, tot het grondgebied van de Europese Unie.

3. Hetzelfde dilemma doet zich voor in de onderhavige zaak, zij het in een heel andere feitelijke context dan die van de zaak *Akrich*. Er zijn verschillen in de wijze waarop *Akrich* en *Y. Jia* het grondgebied van de betrokken lidstaat zijn binnengekomen, verschillen in de familiebetrekking, verschillen in het persoonlijk gedrag van de onderdaan van het derde land die aanspraak maakt op verblijfsrecht, en verschillen in de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 23 september 2003 (C-109/01, Jurispr. blz. I-9607).

3 — Arrest van 25 juli 2002 (C-459/99, Jurispr. blz. I-6591).

II — Relevante bepalingen van gemeenschapsrecht

4. Deze zaak betreft met name de rechten die de uit een derde land afkomstige familieleden van burgers van de Gemeenschap die gebruik hebben gemaakt van hun recht van vestiging ingevolge artikel 43 EG, ontleen aan richtlijn 73/148.⁴ De volgende bepalingen van deze richtlijn zijn in deze context van belang.

- d) de verwanten in opgaande of neergaande lijn van deze onderdanen en van hun echtgenoot, die te hunnen laste komen, ongeacht hun nationaliteit.”

Artikel 3

Artikel 1, lid 1

„De lidstaten heffen, onder de in deze richtlijn omschreven voorwaarden, de beperkingen op van de verplaatsing en het verblijf van:

- a) onderdanen van een lidstaat die zijn gevestigd of zich willen vestigen in een andere lidstaat ten einde daar een werkzaamheid, anders dan in loondienst, uit te oefenen of die er een dienst willen verrichten;

„1. De lidstaten laten de in artikel 1 bedoelde personen op vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort zonder meer op hun grondgebied toe.

[...]

2. Er kan geen inreisvisum worden voorgeschreven of gelijkwaardige verplichting worden opgelegd, behalve aan de familieleden die niet de nationaliteit van een der lidstaten bezitten. De lidstaten verlenen aan deze personen alle faciliteiten om de door hen benodigde visa te verkrijgen.”

⁴ — Richtlijn 73/148/EEG van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de lidstaten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten (PB L 172, blz. 14).

Artikel 4, lid 3

„Wanneer een familielid niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, wordt hem een verblijfsdocument verstrekt dat dezelfde rechtskracht bezit als het document, afgegeven aan de ingezetene van wie hij afhankelijk is.”

Artikel 6

„Voor de afgifte van de verblijfskaart en van de verblijfsvergunning kan de lidstaat van de aanvragers slechts verlangen:

- a) het document waarmee zij zijn grondgebied hebben betreden te overleggen;
- b) aan te tonen dat zij behoren tot een van de in de artikelen 1 en 4 bedoelde categorieën.”

Artikel 8

„De lidstaten kunnen slechts om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid van deze richtlijn afwijken.”

III — De feiten, het procesverloop en de prejudiciële vragen

5. Verzoekster in het hoofdgeding, Jia, heeft de Chinese nationaliteit; zij is geboren in 1940 en is thans gepensioneerd. Haar zoon, S. Li, die eveneens de Chinese nationaliteit bezit, is gehuwd met S. Schallehn, die de Duitse nationaliteit heeft. Schallehn exploiteert als zelfstandige een reisbureau in Zweden. Het echtpaar verblijft sinds 1995 legaal in Zweden en beide echtgenoten zijn in het bezit van een verblijfsvergunning die geldig is tot 3 juli 2006.

6. Op 2 mei 2003 heeft de Zweedse ambassade in Beijing aan Jia een toeristenvisum verstrekt dat geldig was voor één toelating tot de Schengen-landen voor een bezoek van maximaal 90 dagen, eindigend op 21 augustus 2003. Jia is het Schengen-gebied binnengekomen via het vliegveld Arlanda te Stockholm op 13 mei 2003 met haar eigen geldige

nationale paspoort en haar toeristenvisum. Kort voor het aflopen van haar visum heeft Jia op 7 augustus 2003 bij het Migrationsverk (Zweedse immigratiedienst) een verblijfsvergunning aangevraagd, waarbij zij verklaarde een ten laste komend familielid van een burger van de Europese Unie te zijn.

7. Jia beriep zich voor haar aanvraag op haar financiële situatie in China. Zij en haar echtgenoot ontvangen van China een pensioen van ongeveer 1 000 tot 1 100 SEK per maand (110 à 120 EUR), waarvan zij niet kunnen leven. Daar er geen verdere financiële steun te verkrijgen is van de Chinese autoriteiten, zouden zij zonder de financiële bijdrage van hun zoon en zijn vrouw niet kunnen rondkomen. Jia heeft een certificaat van verwantschap betreffende haar zoon en haarzelf overgelegd dat is afgegeven door de Beijing Notary Public Office, alsook een certificaat van het China Forestry Publishing House, waaruit blijkt dat zij financieel afhankelijk is van haar zoon en schoondochter.

8. Op 7 april 2004 heeft het Migrationsverk besloten Jia's aanvraag van een verblijfsvergunning af te wijzen, en bepaald dat zij diende te worden teruggestuurd naar haar land van herkomst of een ander land indien zij aantoonde dat een ander land haar zou opnemen. Het Migrationsverk overwoog dat als bewijs van economische afhankelijkheid een door de bevoegde autoriteit in het land van herkomst afgegeven document moet worden overgelegd waaruit blijkt dat de aanvrager voor ondersteuning afhankelijk is

van zijn in Zweden wonend familielid. Het door Jia overgelegde certificaat was niet afgegeven door een bevoegde autoriteit. Het enkele feit dat haar zoon geld stuurt en haar op andere manieren bijstaat, kon niet worden aangemerkt als voldoende grond om haar te beschouwen als financieel afhankelijk van haar zoon in de mate als bedoeld in de wet. Ook uit het feit dat Jia's levensstandaard in Zweden hoger zou zijn, kon geen economische afhankelijkheid worden afgeleid.

9. Op 14 mei 2004 stelde Jia tegen de beschikking van het Migrationsverk beroep in bij de Utlänningsnämnd (beroepsinstantie in immigratiezaken).

10. Op 3 september 2003 verleende het Migrationsverk Jia's echtgenoot, Y. Li, een visum geldig voor één toelating tot Zweden voor een bezoek van maximaal 180 dagen. Op 10 maart 2004 vroeg hij een verblijfsvergunning aan op dezelfde grond als zijn vrouw. Zijn aanvraag werd door het Migrationsverk afgewezen op 17 september 2004. Tegen deze beschikking stelde Y. Li beroep in bij de Utlänningsnämnd.

11. Nadat het Migrationsverk Jia's aanvraag van een verblijfsvergunning had afgewezen, legde zij haar geval voor aan de Europese

Commissie. In een brief van 7 mei 2004 aan de permanente vertegenwoordiging van Zweden bij de Europese Unie wees de Commissie erop dat de beslissing van het Migrationsverk niet in overeenstemming leek te zijn met de artikelen 1, lid 1, sub d, en 4, lid 3, van richtlijn 73/148, artikel 8 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (hierna: „EVRM”) en de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het arrest BRAX.⁵ Volgens de Commissie kon Jia derhalve een verblijfsvergunning aanvragen met dezelfde geldigheid als de vergunningen die reeds waren verleend aan haar Duitse schoondochter en haar Chinese zoon.

12. In een reactie op de brief van de Commissie merkte het Migrationsverk op dat „voor ondersteuning afhankelijk zijn” betekent dat er een reële behoefte moet bestaan aan geld of andersoortige bijstand die met regelmaat wordt gegeven door de verwanten in de lidstaat, en dat het de behoefte aan ondersteuning in het land van herkomst is die beslissend moet zijn en niet de behoefte aan ondersteuning bij mogelijke verhuizing naar een lidstaat. Ook moet de behoefte worden bewezen met een certificaat of andere documenten, bij voorkeur een certificaat van afhankelijkheid dat is afgegeven door de autoriteiten van het land van herkomst. De enkele verbintenis van de burger van de Unie of zijn echtgenoot om zijn ouders te ondersteunen, is niet voldoende om aan te nemen dat de voor afgifte van een verblijfsvergunning noodzakelijke

afhankelijkheid bestaat. Dit standpunt is de Commissie meegedeeld door de Zweedse regering bij brief van 21 juni 2004.

13. In de verwijzingsbeslissing werpt de Utlänningsnämnd de vraag op of het oordeel van het Hof in het arrest Akrich⁶ dat de onderdaan van een derde land legaal verblijf moet houden in de Gemeenschap om in aanmerking te komen voor de in artikel 10 van verordening nr. 1612/68 verleende rechten, ook geldt in andere omstandigheden dan die van dat geval. Met andere woorden, wordt in dit arrest een algemeen geldend beginsel uitgesproken, dat inhoudt dat het recht van een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een burger van de Unie, op toegang tot en verblijf in een lidstaat, voortvloeiend uit het EG-Verdrag en het afgeleid gemeenschapsrecht, alleen dan ontstaat wanneer deze onderdaan van een derde land naar nationaal recht legaal verblijft in een lidstaat en vervolgens meereist met of zich voegt bij een burger van de Unie die gebruik maakt van zijn recht van vrij verkeer, niet alleen als werknemer maar ook als zelfstandige? Daarnaast is een fundamentele vraag naar aanleiding van het arrest Akrich, wat de uitdrukking „legaal verblijf” betekent. De Utlänningsnämnd vraagt zich voorts af wat moet worden verstaan onder een feitelijke situatie van afhankelijkheid, en of er op grond van

5 — Aangehaald in voetnoot 3.

6 — Aangehaald in voetnoot 2.

artikel 6 van richtlijn 73/148 naast een certificaat van verwantschap ook een bewijs van afhankelijkheid kan worden gevergd.

14. Op deze basis heeft de Utlänningsnämnd besloten, het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen te stellen:

- 1) a) Moet in het licht van het arrest in zaak C-109/01 [Akrich] artikel 10 van verordening (EEG) nr. 1612/68 aldus worden uitgelegd dat een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een werknemer in de zin van die verordening, legaal verblijf moet houden in de Gemeenschap om het recht te hebben permanent bij de werknemer te verblijven — en moet artikel 1 van richtlijn 73/148/EEG evenzo aldus worden uitgelegd dat voor het permanent verblijfsrecht van een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een burger van de Unie, als voorwaarde geldt dat die persoon legaal verblijft in de Gemeenschap?
- b) Indien richtlijn 73/148/EEG aldus moet worden uitgelegd dat legaal verblijf in de Gemeenschap een vereiste is, wil een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een burger van de Unie, aanspraak kunnen maken op het permanent verblijfsrecht uit hoofde van die richtlijn, houdt dit dan in dat deze persoon houder moet zijn van een verblijfsvergunning die geldig is voor of bedoeld is ter verkrijging van het recht van permanent verblijf in een van de lidstaten? Wanneer de betrokkene niet beschikt over een vergunning voor permanent verblijf, is dan een op andere gronden afgegeven vergunning voor korter of langer verblijf voldoende of is, zoals in de bij de Utlänningsnämnd aanhangige zaak, voldoende dat het familielid dat de verblijfsvergunning aanvraagt, beschikt over een geldig visum?
- c) Indien een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een burger van de Unie, zich niet kan beroepen op een permanent verblijfsrecht op grond van richtlijn 73/148/EEG, omdat hij niet legaal in de Gemeenschap verblijft, is het dan een beperking van het recht van de burger van de Unie op vrije vestiging in de zin van artikel 43 EG, wanneer zijn familielid een verblijfsvergunning wordt geweigerd?
- d) Indien een persoon met de nationaliteit van een derde land die familie is van een burger van de Unie, zich niet kan beroepen op een permanent verblijfsrecht op grond van richtlijn 73/148/EEG, omdat hij niet legaal in de Gemeenschap ver-

blijft, is het dan een beperking van het recht van de burger van de Unie op vrije vestiging in de zin van artikel 43 EG, wanneer zijn familielid het land wordt uitgezet op grond dat een verzoek om een nationale verblijfsvergunning na binnenkomst in Zweden niet kan worden ingewilligd?

15. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Jia, de Belgische, de Slowaakse, de Zweedse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en door de Commissie. Met uitzondering van de Belgische en de Slowaakse regering hebben deze partijen ook mondelinge opmerkingen gemaakt ter terechtzitting van 21 februari 2006.

- 2) a) Moet artikel 1, sub d, van richtlijn 73/148/EEG aldus worden uitgelegd dat met „te hunnen laste komen” wordt bedoeld dat een familielid van een burger van de Unie economisch afhankelijk is van die burger om de laagste aanvaardbare levensstandaard te bereiken in zijn land van herkomst of het land waar hij gewoonlijk verblijft?

IV — Opmerkingen van partijen en interveniënten

A — De status van de Utlänningsnämnd in de zin van artikel 234 EG

- b) Moet artikel 6, sub b, van richtlijn 73/148/EEG aldus worden uitgelegd dat de lidstaten mogen eisen dat een familielid van een burger van de Unie dat stelt afhankelijk te zijn van die burger of diens echtgenoot, naast de verbintenis van de burger van de Unie tot het onderhouden van zijn familielid, documenten overlegt die bewijzen dat er een feitelijke situatie van afhankelijkheid bestaat?”

16. Alvorens in te gaan op de door de Utlänningsnämnd gestelde vragen, zet de Zweedse regering uiteen waarom zij meent dat deze instantie is te beschouwen als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 234 EG en dus bevoegd is tot prejudiciële verwijzing krachtens deze bepaling. Zij wijst erop dat de Utlänningsnämnd een administratieve instantie is met semi-rechtsprekende bevoegdheden, die kennisneemt van beroepen tegen beslissingen van het Migrationsverk. De Utlänningsnämnd is ingesteld bij wet, heeft een permanent karakter en de voorzitter en vice-voorzitters moeten jurist zijn met rechtspraakervaring. De door de Utlänningsnämnd toegepaste procedure en materiële bepalingen zijn bij wet vastgesteld. De uitspraak is bindend en niet voor beroep

vatbaar. De uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak. De Utlänningsnämnd moet zich houden aan het beginsel dat eenieder voor de wet gelijk is en garanties bieden voor onpartijdigheid en objectiviteit. Hij neemt zijn beslissingen in volledige onafhankelijkheid, ook al kan hij bepaalde zaken verwijzen naar de regering in bij wet vastgelegde omstandigheden.

B — Het vereiste van legaal verblijf (vragen 1a-1d)

17. Jia betoogt dat haar geval en het geval Akrich verschillen, omdat zij in het bezit was van een geldig visum toen zij een verblijfsvergunning aanvraag en zij niet eerder was uitgezet uit Zweden. Naar Zweeds recht mocht zij op Zweeds grondgebied verblijven tijdens de behandeling van haar aanvraag. Overigens, zo merkt zij op, wordt in de relevante communautaire bepalingen geen verblijfsvereiste gesteld. Artikel 6 van richtlijn 73/148 eist niet van de aanvrager dat hij over een visum beschikt om een verblijfsvergunning te kunnen aanvragen. Zo'n vergunning kan ook nog na binnenkomst op het grondgebied van de desbetreffende lidstaat worden aangevraagd. Zij stelt dat de weigering om een verblijfsvergunning te verstrekken in een geval als het hare in strijd is met artikel 43 EG.

18. De Zweedse en de Slowaakse regering en de Commissie delen deze zienswijze in grote

lijnen. Voor de mogelijkheid om aanspraak te maken op het verblijfsrecht door afhankelijke familieleden van burgers van de Gemeenschap die gebruik hebben gemaakt van de verkeersvrijheid, geldt geen vereiste van voorafgaand legaal verblijf. Een dergelijk vereiste wordt niet gesteld in richtlijn 73/148. Het arrest Akrich moet restrictief worden uitgelegd en is te verklaren uit de bijzondere feitelijke omstandigheden van dat geval. Als voorwaarde vooraf te stellen dat familieleden met de nationaliteit van een derde land die een lidstaat rechtstreeks vanuit een derde land binnenkomen, in de lidstaat van herkomst van een burger van de Gemeenschap een verblijfsvergunning moeten verkrijgen, zou een niet-gerechtigde beperking van het recht van vrij verkeer van deze laatste zijn en ingaan tegen de doelstellingen van artikel 43 EG en richtlijn 73/148. Zoals het Hof in het arrest BRAX heeft verklaard, wordt het recht van deze familieleden om bij de onderdaan van een lidstaat te verblijven, uitsluitend ontleend aan de familiebetrekking. Deze partijen stellen dan ook voor de eerste vraag ontkennend te beantwoorden.

19. De Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn de tegengestelde opvatting toegedaan. De Nederlandse regering maakt onderscheid tussen immigratie van onderdanen van derde landen naar het grondgebied van de Gemeenschap, en „doormigratie” naar een andere lidstaat binnen de Gemeenschap. Terwijl het laatste vrijwel geheel binnen de bevoegdheid van de Gemeenschap valt, is het eerste nog altijd een nationale bevoegdheid. De lidstaten zijn in deze opvatting verantwoordelijk voor de eerste toelating van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de Gemeenschap op basis van een individuele beoordeling. In dit verband moeten zij voldoen aan hun verplichtingen op grond

van artikel 8 EVRM. Het gemeenschapsrecht mag niet aldus worden uitgelegd dat onderdanen van derde landen zonder geldige verblijfsvergunning, zich kunnen onttrekken aan de toepassing van de nationale immigratiewetgeving. Beide regeringen houden staande dat de in het arrest Akrich geformuleerde regel dat legaal verblijf voor onderdanen van derde landen een voorwaarde is om de rechten geldend te kunnen maken die hun in artikel 10 van verordening nr. 1612/68 worden verleend, eveneens geldt in de context van richtlijn 73/148. Deze richtlijn regelt niet de toegang tot het grondgebied van de lidstaten voor personen komend van buiten de Gemeenschap. Waar de richtlijn tot doel heeft het verkeer binnen de Gemeenschap te vergemakkelijken, kan in het onderhavige geval niet worden gezegd dat de weigering om Jia een verblijfsvergunning te verlenen een ontmoedigend effect heeft gehad op de uitoefening van de rechten van haar schoondochter ingevolge artikel 43 EG.

20. Ten aanzien van de vraag wat „legaal verblijf” is, meent de Nederlandse regering dat dit begrip in ieder geval betrekking heeft op situaties waarin de onderdaan van het derde land in het bezit is van een vergunning voor gezinshereniging met een burger van de Gemeenschap, een langdurig ingezetene is of een daarmee vergelijkbare status heeft. Anderzijds komen personen die slechts beschikken over een visum of die de beslissing op hun verzoek om een verblijfsvergunning mogen afwachten in de lidstaat, niet in aanmerking. Wanneer personen in dergelijke situaties zou worden toegestaan zich vrij binnen de Gemeenschap te verplaatsen, dan zou dit betekenen dat een lidstaat een onderdaan van een derde land zou moeten

toelaten zonder individuele beoordeling. Dit kan niet de bedoeling van de gemeenschaps-wetgever zijn geweest. Het Verenigd Koninkrijk neemt een strikter standpunt in en stelt dat „legaal verblijf” moet worden bepaald door het nationale recht. Richtlijn 73/148 kan een onderdaan van een derde land niet een ruimer recht geven dan hem in een andere lidstaat is verleend.

C — Het vereiste van ten laste komen (vragen 2a en 2b)

21. Jia is van mening dat de begrippen „ten laste komen” en „het bereiken van de laagste aanvaardbare levensstandaard” met elkaar in verband staan. Volgens haar houdt „ten laste komen” in dat degene die een verblijfsrecht heeft, werkelijk de verantwoordelijkheid op zich neemt om een familielid te onderhouden. Zij houdt staande dat zij naar behoren heeft aangetoond dat zij inderdaad ten laste komt van haar zoon en schoondochter.

22. De Zweedse regering stelt dat ten laste komen moet worden gezien in relatie tot de situatie in het land van herkomst en dat er een reële noodzaak moet zijn voor regelmatige financiële ondersteuning. Anders zou deze voorwaarde, die is neergelegd in artikel 1, lid 1, sub d, van richtlijn 73/148, geen

nuttig effect hebben, gezien het feit dat zij bedoeld is om de kring van voor verblijf bij de migrerende burger van de Gemeenschap in aanmerking komende familieleden te beperken. Deze voorwaarde is tevens uitdrukkelijk overgenomen in richtlijn 2004/38.⁷ Of sprake is van een afhankelijkheidssituatie moet worden bepaald in het licht van de omstandigheden van het geval op basis van concrete en objectieve feiten. De lidstaten hebben het recht om te eisen dat de afhankelijkheidssituatie wordt bewezen, naar analogie van artikel 4, lid 3, sub e, van richtlijn 68/360⁸ door overlegging van een document, afgegeven door de bevoegde autoriteit van het land van herkomst. Een eenvoudige verklaring van de burger van de Gemeenschap te wiens laste het familielid komt, is niet voldoende. Dit standpunt wordt gesteund door de Belgische en de Slowaakse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk.

23. De Commissie daarentegen is van mening dat de situatie van economische afhankelijkheid moet worden beoordeeld in de lidstaat waar de onderdaan van de Gemeenschap verblijft. Indien het land van herkomst van het familielid dat de nationaliteit van een derde land bezit, als referentiepunt zou worden genomen, dan zou daardoor de kring van voor gezinshereniging met burgers van de Gemeenschap in aanmerking komende personen aanzienlijk worden beperkt, en hun recht op vrij verkeer binnen

7 — Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PB L 158, blz. 77).

8 — Richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 13).

de Gemeenschap belemmerd. Of deze ondersteuning al dan niet voldoende is om een behoorlijke levensstandaard in de lidstaat te garanderen, is niet relevant, daar economische afhankelijkheid het enige criterium is. Wat het te leveren bewijs betreft, is de Commissie van mening dat de lidstaten alle soorten materiaal moeten accepteren waarmee de situatie van feitelijke economische afhankelijkheid kan worden aangetoond. Daar dergelijk bewijs wellicht moeilijk te produceren is op het moment van de aanvraag van het verblijfsrecht, is het enige bewijs dat op dat moment kan worden geaccepteerd een verklaring van de burger van de Gemeenschap of zijn echtgenoot dat hij het betrokken familielid zal onderhouden. In het voorliggende geval is Jia volgens de Commissie te beschouwen als ten laste komend van haar zoon en schoondochter.

V — Ontvankelijkheid

24. Door de status van de Utlänningsnämnd in de zin van artikel 234 EG te bespreken, heeft de Zweedse regering impliciet de vraag aan de orde gesteld van de ontvankelijkheid van de door deze instantie gestelde vragen.

25. De criteria die door het Hof worden toegepast bij de beoordeling of een instantie die prejudiciële vragen stelt een rechterlijke instantie is in de zin van krachtens artikel 234 EG, staan vast. Daartoe behoren factoren als de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen

van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.⁹ Op basis van de door de Zweedse regering verstrekte informatie twijfel ik er niet aan dat de Utlänningsnämnd aan deze criteria voldoet. Ook lijkt deze instantie wat statuut en organisatie betreft vergelijkbaar met de instantie die de prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak Abrahamsson¹⁰, waarvan het Hof oordeelde dat het een rechterlijke instantie was in de zin van artikel 234 EG. De vragen zijn derhalve ontvankelijk.

de nationaliteit van een derde land tot hun grondgebied en het grondgebied van de Europese Unie een individuele beoordeling van de betrokken persoon voorafgaat. Daarentegen verleent het bestaande gemeenschapsrecht inzake het vrije personenverkeer rechten van binnenkomst en verblijf aan de echtgenoot en bepaalde andere familieleden van burgers van de Europese Unie die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer binnen de Gemeenschap, ongeacht de nationaliteit van de familieleden.

VI — Het probleem in een ruimere context

A — Inleiding

26. Evenals in de zaak Akrich komt in het geval Jia de fundamentele spanning naar voren die bestaat rond de rechtspositie van personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van een burger van de Europese Unie. Deze spanning is het gevolg van enerzijds de bevoegdheden van de lidstaten op het gebied van de immigratie en anderzijds de gemeenschapsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen binnen de Gemeenschap. De bevoegdheid van de lidstaten op immigratiegebied betekent dat aan de eerste toelating van een persoon met

27. In het arrest Akrich leek het Hof dit probleem te hebben opgelost met de uitspraak dat verordening nr. 1612/68 enkel betrekking heeft op het vrije verkeer binnen de Gemeenschap en geen bepalingen bevat ten aanzien van de rechten betreffende de toegang tot het grondgebied van de Gemeenschap van een onderdaan van een derde land die gehuwd is met een burger van de Unie. Vervolgens oordeelde het Hof dat, om aanspraak te kunnen maken op de rechten die dergelijke onderdanen van een derde land toekomen, de betrokkene wettig in een lidstaat verblijf moet houden wanneer hij zich begeeft naar een andere lidstaat, waarnaar de burger van de Unie emigreert of is geëmigreerd.¹¹ Nadat het Hof aldus de nationale en communautaire bevoegdheden had afgebakend, stelde het echter vervolgens aan de uitoefening van deze nationale bevoegdheid voorwaarden in verband met het recht op bescherming van het gezinsleven neergelegd in artikel 8 EVRM.

9 — Zie onder meer arresten van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Jurispr. blz. 257); 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9); 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23); en 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Jurispr. blz. I-10497, punt 24).

10 — Arrest van 6 juli 2000 (C-407/98, Jurispr. blz. I-5539, zie punten 28-38).

11 — Aangehaald in voetnoot 2, punten 49 en 50.

28. Dit arrest contrasteert met andere arresten, zowel van vóór als van na deze uitspraak, waarin het Hof ondubbelzinnig heeft verklaard dat het recht op toegang tot en verblijf in een lidstaat van onderdanen van derde landen die gehuwd zijn met een onderdaan van een lidstaat, uitsluitend wordt ontleend aan de familiebetrekking.¹²

sche parameters die voor dit probleem relevant zijn. In deze context zal ik de recente gemeenschapswetgeving bespreken die is aangenomen in verband met de toelating van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de Unie.

B — Afbakening van bevoegdheden

29. Een zekere verwarring ten aanzien van de bevoegdheid van de lidstaten tot toelating van personen met de nationaliteit van een derde land die een familielid zijn van een burger van de Europese Unie die gebruik gemaakt hebben van hun recht van vrij verkeer of daarvan gebruik wensen te maken, bestaat dus nog steeds. In het bijzonder is onduidelijk of de benadering van het Hof in het arrest Akrich kan worden verklaard door de specifieke omstandigheden van dat geval, dan wel de daarin geformuleerde regel van algemene toepassing is. De situatie wordt verder gecompliceerd door de vraag of de lidstaten *op grond van het gemeenschapsrecht* verplicht zijn het recht op gezinsleven ingevolge artikel 8 EVRM te eerbiedigen. Het is mijns inziens dan ook noodzakelijk het aan het geval Jia ten grondslag liggende probleem in breder perspectief te plaatsen en een oplossing te zoeken die werkbaar is voor nationale autoriteiten en rechters, en die consistent is met de verdeling van de bevoegdheden op het gebied van immigratie. Om tot een dergelijke oplossing te komen zal ik dieper ingaan op de verschillende juridi-

30. De eerste van deze juridische parameters betreft de verdeling van bevoegdheden inzake immigratie naar de Unie en het verkeer en verblijf binnen de Unie van onderdanen van derde landen, inclusief familieleden van burgers van de lidstaten die gebruik hebben gemaakt van hun recht om zich binnen de Unie te verplaatsen. Artikel 3 EG, dat de activiteiten noemt die door de Gemeenschap moeten worden ondernomen om de in artikel 2 EG gestelde doelen te bereiken, maakt een duidelijk onderscheid tussen de interne en de externe component van het vrije personenverkeer. Terwijl artikel 3, lid 1, sub c, EG bepaalt dat een interne markt tot stand zal worden gebracht die wordt gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hindernissen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, stelt artikel 3, lid 1, sub d, EG maatregelen in het vooruitzicht inzake binnenkomst en verkeer van personen, overeenkomstig titel IV, die betrekking heeft op visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen.

12 — Arrest BRAX, aangehaald in voetnoot 3, punt 59, en arrest van 14 april 2005, Commissie/Spanje (C-157/03, Jurispr. blz. I-2911, punt 28).

31. Het interne aspect wordt volledig beheerst door het gemeenschapsrecht. Het vrij verkeer van burgers van de Unie, dat wil zeggen personen met de nationaliteit van een lidstaat, op het grondgebied van de lidstaten wordt op verdragsniveau gegarandeerd bij het gecombineerde effect van de artikelen 18 EG, 39 EG, 43 EG en 49 EG, die alle rechtstreekse werking hebben, in samenhang met de afgeleide gemeenschapswetgeving die is aangenomen ter uitvoering van deze bepalingen, in het bijzonder verordening nr. 1612/68, richtlijn 68/360, richtlijn 73/148 en de richtlijnen 90/364, 90/365 en 93/96.¹³ Als uitvloeisel van de rechten verleend aan burgers van de Gemeenschap die economische activiteiten verrichten in andere lidstaten, voorzien deze gemeenschapsinstrumenten ook in rechten van familieleden, ongeacht hun nationaliteit, om zich met de primaire houder van het communautairrechtelijke recht te verplaatsen en bij hem te verblijven.

32. De externe component van dit beleids-terrein, die pas in het EG-Verdrag is ingevoegd bij het Verdrag van Amsterdam (in werking getreden op 1 mei 1999), verleent daarentegen niet rechtstreeks werkende rechten maar biedt de juridische basis voor een wetgevingsprogramma ter harmonisatie van nationale wetgeving op het gebied van onder meer immigratie en controles aan de buitengrenzen van de Unie. Artikel 61, sub a, EG benadrukt in het bijzonder het nauwe

13 — Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 2); richtlijn 68/360, aangehaald in voetnoot 8; richtlijn 73/148, aangehaald in voetnoot 4; richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB L 180, blz. 26); richtlijn 90/365/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd (PB L 180, blz. 28), en richtlijn 93/96/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 inzake het verblijfsrecht voor studenten (PB L 317, blz. 59).

verband tussen de interne en de externe componenten van het vrij verkeer van personen, waar het de Raad opdraagt „maatregelen [te nemen] die erop gericht zijn het vrije verkeer van personen te waarborgen overeenkomstig artikel 14 [EG], in samenhang met daarmee rechtstreeks verband houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel en immigratie [...]”. Hoewel er verschillende stappen zijn ondernomen om uitvoering te geven aan de Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999 en het daaropvolgende programma van Den Haag van november 2004¹⁴, is de harmonisatie op dit gebied nog verre van voltooid. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht is duidelijk dat de bevoegdheid met betrekking tot de meeste aspecten van immigratiewetgeving nog steeds bij de lidstaten ligt.

33. Meer in het bijzonder brengt dit mee dat het aan de lidstaten is om te beslissen over de eerste toelating van personen uit niet-lidstaten tot hun grondgebied volgens de criteria van hun nationale wetgeving. Dit houdt in dat zij het recht hebben om een onderdaan van een derde land pas toe te laten na een beoordeling van de individuele persoon, en dit is inderdaad de algemene praktijk in de meeste lidstaten. Eenmaal toegelaten tot het grondgebied van een lidstaat die deelneemt aan het Schengenstelsel, heeft elk individu het recht om zich over de interne grenzen tussen deze lidstaten

14 — Beide te vinden op http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm.

te verplaatsen. Het recht om in een lidstaat te verblijven wordt echter hetzij door het gemeenschapsrecht beheerst, hetzij door het nationale recht, al naargelang de nationaliteit en de rechtspositie van de betrokkene.

34. In bepaalde omstandigheden kan de uitoefening van de rechten die personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van een migrerend gemeenschapsburger, rechtstreeks ontleen aan de gemeenschapsinstrumenten, in botsing komen met de bevoegdheid van de lidstaten op immigratiegebied. Dit is het geval, zoals in casu, wanneer een familielid met de nationaliteit van een derde land een lidstaat binnenkomt en aanspraak maakt op een verblijfsrecht op basis van het gemeenschapsrecht, ook al is hij wellicht niet legaal tot het grondgebied van die lidstaat toegelaten met als doel langdurig verblijf. Gelet op dit feit is het duidelijk noodzakelijk de omvang van beide bevoegdheidsgebieden af te bakenen.

35. Dit is geen probleem dat kan worden opgelost door eenvoudigweg uit te gaan van de suprematie van het gemeenschapsrecht boven het daarmee strijdige nationale recht. Het probleem moet veeleer worden geplaatst in de context van naast elkaar bestaande maar onderling samenhangende bevoegdheidssferen. Zoals wordt erkend in artikel 61, sub a, EG bestaat er een duidelijk functioneel verband tussen het toestaan van vrij verkeer binnen de Gemeenschap in een gebied zonder nationale grenzen, zoals artikel 14 EG verlangt, en het bestaan van betrouwbare en waterdichte controles aan de buitengrenzen van dit gebied. Hier kan een parallel worden

getrokken met het vrij verkeer van goederen binnen de Gemeenschap en het bestaan van het gemeenschappelijk douanetarief, en de gemeenschappelijke handelspolitiek ten aanzien van goederen die in de Gemeenschap worden geïmporteerd. Zelfs al is de nationale immigratiewetgeving nog niet (volledig) geharmoniseerd en kunnen er nog steeds verschillen en dispariteiten bestaan, duidelijk is dat, totdat een voldoende mate van harmonisatie is bereikt, het vrije verkeer van alle personen binnen de interne markt ongeacht hun nationaliteit, afhangt van het vertrouwen dat de lidstaten hebben in elkaars beleid en praktijk bij de toelating van onderdanen van derde landen tot hun grondgebied.

C — Bestaande gemeenschapswetgeving zoals uitgelegd door het Hof

36. Het tweede te bespreken punt betreft de precieze omvang van de rechten die aan uit derde landen afkomstige gezinsleden van gemeenschapsburgers worden verleend in de verschillende gemeenschapsinstrumenten waarin het vrij verkeer van werknemers, zelfstandigen en dienstverleners is geregeld. Meer in het bijzonder is de vraag of het recht op binnenkomst in een lidstaat en het recht om er te verblijven niet alleen worden verleend ongeacht de nationaliteit van het familielid, maar ook ongeacht of dit het

gastland binnenkomt vanuit een andere lidstaat dan wel rechtstreeks uit een niet-lidstaat.

nationaliteit van een derde land die familie zijn van gemeenschapsburgers.

37. De bewoordingen van de bepalingen waarbij recht van binnenkomst en verblijf wordt verleend aan familieleden met de nationaliteit van een derde land zijn niet concludent op dit punt. Zowel artikel 10 van verordening nr. 1612/68 inzake het vrije verkeer van werknemers en artikel 1 van richtlijn 73/148 inzake het vrij verkeer van zelfstandigen staan onder meer echtgenoten van werknemers en zelfstandigen en de ten laste komende verwanten in opgaande lijn, ongeacht hun nationaliteit, toe om zich hetzij bij een werknemer te vestigen die onderdaan is van een lidstaat en werkt op het grondgebied van een andere lidstaat, hetzij zich bij een onderdaan van een lidstaat te voegen en aldaar te verblijven, die in een andere lidstaat is gevestigd of wenst zich er te vestigen om aldaar economische activiteiten te verrichten.¹⁵

38. Zoals gezegd is de rechtspraak van het Hof op dit gebied niet geheel en al vrij van ambiguïteit. Het Hof heeft zowel een ruimhartige als een restrictieve benadering gevolgd van de voorwaarden voor een beroep op de rechten die het afgeleide gemeenschapsrecht verleent aan personen met de

39. Van de ruimhartige benadering werd blijk gegeven in het arrest BRAX, waarin het Hof vaststelde dat het recht van een onderdaan van een derde land, gehuwd met een onderdaan van een lidstaat, om het grondgebied van de lidstaten binnen te komen, naar gemeenschapsrecht uitsluitend wordt ontleend aan de gezinsband. Hoewel het Hof erop wees dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 68/360 en artikel 3, lid 2, van richtlijn 73/148 de lidstaten toestaan voor de uitoefening van dit recht als voorwaarde te stellen dat zij beschikken over een visum (gedefinieerd als een door een lidstaat verleende machtiging of genomen besluit, vereist voor binnenkomst op zijn grondgebied)¹⁶, wees het erop dat diezelfde bepalingen verlangen dat de lidstaten de betrokkenen alle faciliteiten verlenen om de voor hen vereiste visa te verkrijgen. Het beleid van een lidstaat om een uit een derde land afkomstige echtgenoot van een gemeenschapsburger die zijn grondgebied tracht binnen te komen zonder geldig identiteitsbewijs, paspoort of visum, aan de grens terug te sturen, terwijl hij het bewijs kan leveren van zijn identiteit en zijn huwelijksband en terwijl uit niets blijkt dat hij een gevaar is voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid, is in strijd met onder meer artikel 3 van richtlijn 68/360 en artikel 3 van

15 — Hetzelfde geldt voor de gezinsleden van dienstverleners, die ik niet noem, om de tekst niet te overbelasten.

16 — Deze definitie wordt gegeven in artikel 5 van verordening (EG) nr. 2317/95 van de Raad van 25 september 1995 ter bepaling van de derde staten waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten in het bezit moeten zijn van een visum (PB L 234, blz. 1).

richtlijn 73/148, gelezen in het licht van het evenredigheidsbeginsel.¹⁷ Vervolgens verklaarde het Hof dat artikel 4 van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 aldus dienen te worden uitgelegd dat een lidstaat niet op grond van deze bepalingen een verblijfsvergunning kan weigeren aan een onderdaan van een derde land die het bewijs kan leveren van zijn identiteit en van zijn huwelijk met een onderdaan van een lidstaat, en hem niet van het grondgebied kan verwijderen, op de enkele grond dat hij het grondgebied van de betrokken lidstaat onregelmatig is binnengekomen.¹⁸

40. Deze uitspraak staat in scherp contrast met het arrest Akrich, waarin het Hof een meer restrictieve benadering heeft gevolgd. Die zaak betrof een Marokkaan die illegaal in het Verenigd Koninkrijk verbleef, tijdens zijn verblijf een aantal strafbare feiten had begaan en bijgevolg was uitgezet. Akrich keerde illegaal terug naar het Verenigd Koninkrijk en trouwde een Britse vrouw. Na zes maanden in Ierland te hebben gewerkt, trachtte het echtpaar terug te keren naar het Verenigd Koninkrijk, met een beroep op de rechten die de echtgenoot van werknemers van de Gemeenschap worden verleend bij artikel 10 van verordening nr. 1612/68, zoals door het Hof uitgelegd in het arrest Singh.¹⁹ Hier benadrukte het Hof dat verordening nr. 1612/68 enkel betrekking heeft op het vrije verkeer binnen de Gemeenschap en geen bepalingen bevat ten aanzien van de rechten betreffende de toegang tot het grondgebied van de Gemeenschap van een onderdaan van een derde land die gehuwd is met een burger van de Unie. Om in een

situatie als de litigieuze aanspraak te kunnen maken op de rechten bedoeld in artikel 10 van verordening nr. 1612/68, moet de onderdaan van een derde land die gehuwd is met een burger van de Unie, wettig in een lidstaat verblijf houden wanneer hij zich begeeft naar een andere lidstaat, waarnaar de burger van de Unie emigreert of is geëmigreerd.²⁰

41. In het arrest Commissie/Spanje²¹, dat meer dan een jaar na het arrest Akrich werd uitgesproken, beoordeelde het Hof echter de Spaanse formaliteiten waaraan door personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van migrerende gemeenschapsburgers moest worden voldaan alvorens een verblijfsvergunning te kunnen aanvragen, weer volgens de benadering van het arrest BRAX. Het herhaalde dat het recht van een onderdaan van een derde land die de echtgenoot is van een onderdaan van een lidstaat om het grondgebied van een lidstaat binnen te komen, uitsluitend wordt ontleend aan de familiebetrekking. Het concludeerde dat het vereiste van een verblijfsvisum dat in de Spaanse wettelijke regeling werd gesteld als voorwaarde voor de verkrijging van een verblijfsvergunning en een weigering om deze vergunning te verlenen aan een de nationaliteit van een derde land bezittend familielid van een gemeenschapsonderdaan op grond dat hij eerst bij het Spaanse consulaat van zijn laatste woonplaats een verblijfsvisum had moeten aanvragen, een maatregel is die in strijd is met de bepalingen

17 — Arrest BRAX, aangehaald in voetnoot 3, punten 59-62.

18 — Arrest BRAX, idem, punt 80.

19 — Arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, Jurispr. blz. I-4265).

20 — Arrest Akrich, aangehaald in voetnoot 2, punten 49 en 50.

21 — Aangehaald in voetnoot 12.

van de richtlijnen 68/360, 73/148 en 90/365.²² In zijn uitspraak verwees het Hof niet naar het arrest Akrich.

42. Er is dus een duidelijke contradictie in de rechtspraak, die het gevolg is van de uiteenlopende benadering in de arresten BRAX en Commissie/Spanje aan de ene, en het arrest Akrich aan de andere kant. Dit verschil in benadering is ook precies de reden dat de Utlänningsnämnd de zaak naar het Hof heeft verwezen.

43. De belangrijkste vraag die naar aanleiding van het arrest Akrich rijst, is of de in die uitspraak neergelegde regel alleen geldt wanneer door de nationale autoriteiten is vastgesteld dat de betrokken onderdaan van het derde land illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft. Dit zou kunnen impliceren dat die regel niet alleen geldt wanneer iemand legaal verblijft, maar ook wanneer hij niet illegaal aanwezig is op het grondgebied van een lidstaat. In dat geval zou, in de benadering van het arrest BRAX, de familiebetrekking met een migrerend EU-burger voldoende zijn om het recht op binnenkomst en verblijf in een lidstaat te doen ontstaan.

44. Deze enge interpretatie van het arrest Akrich zou gebaseerd kunnen worden op punt 50 van het arrest, waar het Hof expliciet

spreekt van „een situatie als de litigieuze” als de context waarin deze regel geldt. In tegengestelde richting wijst echter de overweging in het voorgaande punt van het arrest, waar het Hof ondubbelzinnig stelt dat de relevante bepalingen enkel betrekking hebben op het vrije verkeer binnen de Gemeenschap en geen bepalingen bevatten ten aanzien van de rechten betreffende de toegang tot het grondgebied van de Gemeenschap.

45. Gelet op deze opmerkingen kan gevoeglijk worden geconcludeerd dat bij de huidige stand van het recht de voorwaarden waaronder personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van migrerende EU-burgers een beroep kunnen doen op de rechten die hen worden verleend door verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148, niet geheel en al consistent lijken.

D — *Gezinsleven en vrij verkeer*

46. Bij zijn beoordeling van het recht van personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van burgers van de Unie, op binnenkomst in en verblijf op het grondgebied van een lidstaat, heeft het Hof in zijn rechtspraak ook aanzienlijk belang gehecht aan de bescherming van het gezinsleven zoals gegarandeerd bij artikel 8 EVRM.

47. In het arrest Carpenter²³ werd het Hof gevraagd naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van het besluit van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk tot uitzetting van een vrouw met de Filippijnse nationaliteit die na afloop van de geldigheidstermijn van haar toeristenvisum in het Verenigd Koninkrijk was gebleven en met een Brit was getrouwd. Daar deze laatste bepaalde diensten verleende in andere lidstaten maar dit deed vanuit zijn land van herkomst, kon Carpenter zich niet beroepen op de rechten die bij richtlijn 73/148 worden verleend aan de nationaliteit van een derde land bezittende echtgenoten van gemeenschapsburgers. Het Hof onderzocht daarom vervolgens of voor de echtgenoot een verblijfsrecht kon worden afgeleid uit de beginselen of overige regels van het gemeenschapsrecht.

48. Na te hebben vastgesteld dat de activiteiten van Carpenters echtgenoot binnen de werkingssfeer van artikel 49 EG vielen, merkte het Hof op dat „de gemeenschapswetgever heeft erkend dat het belangrijk is, het gezinsleven van de onderdanen van de lidstaten te beschermen teneinde de belemmeringen van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden op te heffen, zoals met name blijkt uit de bepalingen van de verordeningen en richtlijnen van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen binnen de Gemeenschap”.²⁴ Vervolgens stelde het Hof vast dat „de scheiding van de echtelieden Carpenter schade zou berokkenen aan hun gezinsleven en, bijgevolg, aan de voorwaarden voor het gebruik van een fundamentele vrijheid door

de heer Carpenter. Deze vrijheid zou immers haar volle werking niet kunnen ontplooiën, indien de heer Carpenter door obstakels die in zijn land van herkomst aan de toegang en het verblijf van zijn echtgenoot in de weg worden gelegd, ervan zou worden weerhouden, van die vrijheid gebruik te maken.”²⁵

49. Ten aanzien van de vraag of deze beperking van de vrijheid van de heer Carpenter om diensten te verlenen te rechtvaardigen was, verklaarde het Hof dat het besluit om mevrouw Carpenter uit te zetten een inmenging is in de uitoefening van het recht van de heer Carpenter op eerbiediging van zijn gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM en niet het juiste evenwicht tot stand brengt tussen de betrokken belangen. Het besluit tot uitzetting van mevrouw Carpenter was derhalve een inmenging die niet evenredig was met het nagestreefde doel.²⁶

50. In het arrest Akrich stelde het Hof om te beginnen vast dat een onderdaan van een derde land die de echtgenoot is van een burger van de Unie die gebruik heeft gemaakt van haar recht van vrij verkeer, maar die niet legaal in de lidstaat van herkomst van zijn echtgenoot verblijft, zich niet kan beroepen op artikel 10 van verordening nr. 1612/68 voor een recht op verblijf in die lidstaat. Het zwakte dit oordeel echter af door erop te wijzen dat wanneer het huwelijk reëel is, bij de beslissing of de betrokken onderdaan van het derde land kan worden toegelaten ondanks zijn illegale status naar nationaal immigratierecht, rekening moet worden gehouden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van

23 — Arrest van 11 juli 2002 (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279).

24 — Punt 38.

25 — Punt 39.

26 — Verg. punten 41, 43 en 45.

artikel 8 EVRM. „Ook al wordt door het EVRM het recht van een buitenlander om een bepaald land binnen te komen of er te verblijven niet als zodanig gewaarborgd, dit neemt niet weg dat de uitsluiting van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, een inmenging kan zijn in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals dit wordt beschermd door artikel 8, lid 1, [EVRM]. Een dergelijke inmenging is in strijd met het EVRM indien zij niet voldoet aan de vereisten van artikel 8, lid 2, ervan.”²⁷ Het Hof kiest hier een terughoudender benadering dan in het arrest *Carpenter*, door het aan de nationale rechter over te laten om dit criterium toe te passen.

51. Ten slotte zou ik willen verwijzen naar de arresten *BRAX* en *Commissie/Spanje*, waar het Hof zijn overweging uit het arrest *Carpenter* herhaalde, dat met name uit de verordeningen en richtlijnen van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen binnen de Gemeenschap blijkt dat de gemeenschapswetgever het belang heeft erkend van de bescherming van het gezinsleven van de onderdanen van de lidstaten voor de opheffing van de belemmeringen van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.²⁸

52. Nadat aan het eind van het vorige onderdeel de conclusie werd getrokken dat

er een zekere inconsistentie is in de rechtspraak betreffende personen met de nationaliteit van een derde land die familie zijn van migrerende gemeenschapsburgers, valt uit de voorgaande opmerkingen bovendien af te leiden dat de beslissing in deze zaken grotendeels is bepaald door de specifieke feiten van elk geval. Op een gebied als de immigratie, waar beslissingen van de bevoegde autoriteiten de meest fundamentele gevolgen hebben voor het leven van individuen, bestaat echter een grote behoefte aan duidelijkheid met betrekking tot de omvang van rechten en aan voorspelbaarheid ten aanzien van de wijze waarop de wet wordt toegepast. Om te komen tot meer doorzichtigheid en ter bevordering van de rechtszekerheid is een meer systematische en structurele benadering van de uitlegging en toepassing van de relevante communautaire bepalingen noodzakelijk.

E — *Nieuwe gemeenschapswetgeving*

53. Hoewel niet rechtstreeks relevant voor de beslissing in het onderhavige geval, want daarop *ratione temporis* niet van toepassing, is een bespreking van de recente ontwikkelingen in de gemeenschapswetgeving met betrekking tot de rechten van onderdanen van derde landen op verblijf op het grondgebied van de lidstaten, niettemin zinvol. Bedoelde richtlijnen betreffen zowel de

27 — Arrest *Akrich*, aangehaald in voetnoot 2, punt 59.

28 — Arrest *BRAX*, aangehaald in voetnoot 3, punt 53, en arrest *Commissie/Spanje*, aangehaald in voetnoot 12, punt 26.

interne als de externe componenten van het vrij verkeer van personen.

voldoet die zijn neergelegd in artikel 7, lid 1, van de richtlijn.³⁰

54. Op 29 april 2004 hebben het Europees Parlement en de Raad een nieuwe richtlijn aangenomen op basis van de artikelen 12 EG, 18 EG, 40 EG, 44 EG en 52 EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.²⁹ Deze richtlijn dient ter codificatie en herziening van de bestaande gemeenschapsinstrumenten, rekening houdend met de in de rechtspraak van het Hof aan die handelingen gegeven uitlegging. Op vergelijkbare wijze als in artikel 10 van verordening nr. 1612/68 en artikel 1, lid 1, van richtlijn 73/148 het geval is, wordt in artikel 5, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/38 aan niet de nationaliteit van een lidstaat bezittende familieleden van burgers van de Unie het recht verleend om het grondgebied van een lidstaat binnen te komen, mits zij in het bezit zijn van een geldig paspoort en een inreisvisum overeenkomstig verordening nr. 539/2001 of, in voorkomend geval, de nationale wetgeving. Ingevolge artikel 7, lid 2, van richtlijn 2004/38 hebben niet de nationaliteit van een lidstaat bezittende familieleden van een burger van de Unie een verblijfsrecht voor meer dan drie maanden, indien de burger van de Unie aan de diverse voorwaarden

55. Twee andere richtlijnen inzake de rechten van onderdanen van derde landen zijn vastgesteld op basis van artikel 63 EG: richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging³¹ en richtlijn 2003/109 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen.³²

56. Alleen de eerste richtlijn heeft inhoudelijk gezien betekenis voor de onderhavige zaak, zij het indirect, daar zij alleen van toepassing is op de hereniging van een reeds legaal in een lidstaat verblijvende onderdaan van een derde land („gezinshereniger”) met zijn gezinsleden, en uitdrukkelijk niet van toepassing is op gezinsleden van een burger van de Unie (artikel 3, lid 3, van de richtlijn). Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2003/86 verplicht de lidstaten toestemming te geven tot toegang en verblijf van de minderjarige kinderen van de gezinshereniger onder bepaalde voorwaarden verbandhoudend

30 — Deze voorwaarden zijn dat de burger van de Unie a) in het gastland werknemer of zelfstandige is, b) voor zichzelf en voor zijn familieleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het socialebijstandstelsel van het gastland, en over een verzekering beschikt die de ziektekosten in het gastland volledig dekt, of c) is ingeschreven aan een particuliere dan wel openbare instelling [...] om er als hoofdbezigheid een studie, daaronder begrepen een beroepsopleiding, te volgen. De burger van de Unie moet bovendien beschikken over een verzekering die de ziektekosten in het gastland volledig dekt, en de bevoegde nationale autoriteit de zekerheid verschaffen dat hij over voldoende middelen beschikt om te voorkomen dat hij of zijn familieleden tijdens zijn verblijf ten laste komen van het socialebijstandstelsel van het gastland.

31 — Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PB L 251, blz. 12).

32 — Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen (PB L 16, blz. 44).

29 — Aangehaald in voetnoot 7.

met de openbare orde, de binnenlandse veiligheid en de volksgezondheid en met het vermogen van de gezinshereniger om, kort gezegd, de betrokken gezinsleden te onderhouden. Daarentegen zijn de lidstaten niet verplicht, maar wel gerechtigd, andere gezinsleden toe te laten, onder wie ten laste komende bloedverwanten van de eerste graad in rechtstreekse opgaande lijn van de gezinshereniger of zijn echtgenoot, indien zij in het land van herkomst de nodige gezinssteun ontberen (artikel 4, lid 2, sub a). De richtlijn stelt in artikel 5 ook de procedure vast voor de indiening en afhandeling van verzoeken om toelating als gezinslid van een gezinshereniger. Als regel dienen verzoeken te worden ingediend en behandeld terwijl de gezinsleden buiten het grondgebied van de betrokken lidstaat verblijven, hoewel de lidstaat in bepaalde gevallen hiervan mag afwijken (artikel 5, lid 3). Deze richtlijn moest in nationaal recht zijn omgezet op 3 oktober 2005.

57. Gelet op de bestaande en nieuwe gemeenschapsinstrumenten, kunnen drie feitelijke situaties worden onderscheiden die, hoewel zij vanuit het perspectief van de onderdaan van een derde land wellicht niet van betekenis zijn, wel bepalen welk recht op zijn situatie van toepassing is en dus welke mogelijkheden hij heeft om toegang te krijgen tot het grondgebied van een lidstaat vanuit een niet-lidstaat, en vervolgens het recht van verblijf te verkrijgen. In de eerste plaats kan de onderdaan van het derde land een familielid zijn van een onderdaan van een lidstaat die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht om zich naar een andere lidstaat te verplaatsen. In de tweede plaats kan de onderdaan van het derde land een

familielid zijn van een onderdaan van een lidstaat die wel gebruik heeft gemaakt van zijn recht om zich naar een andere lidstaat te verplaatsen. In de derde plaats kan de onderdaan van het derde land een familielid zijn van een andere onderdaan van een derde land, die legaal verblijft in een lidstaat van de Unie.

58. Indien de onderdaan van het derde land in de eerste situatie een lidstaat wenst binnen te komen van buiten de Gemeenschap, is uiteraard het nationale immigratierecht van toepassing, daar er geen aanknopingspunt is voor de toepassing van het gemeenschapsrecht. Dit brengt mee dat de betrokkene kan worden onderworpen aan een voorafgaande individuele beoordeling.

59. In de derde situatie worden de rechten van de onderdaan van het derde land met ingang van 3 oktober 2005 bepaald door richtlijn 2003/86. Vóór die datum was de nationale immigratiewetgeving van toepassing. Zoals hiervóór is aangegeven, en, gezien de familierelatie in het onderhavige geval, kunnen de lidstaten ingevolge deze richtlijn op grond van hun discretionaire bevoegdheid bepalen of zij de binnenkomst en het verblijf van ten laste komende bloedverwanten in rechtstreekse opgaande lijn al dan niet zullen toestaan. De richtlijn schrijft ook een onderzoek van de individuele omstandigheden van de verzoekende onderdaan van het derde land voor.

60. De tweede situatie is de situatie die in casu aan de orde is en zoals hiervóór in de punten 38 tot en met 40 is uiteengezet zijn er twee benaderingen mogelijk. Indien de onderdaan van het derde land een rechtstreeks verblijfsrecht ontleent aan richtlijn 73/148, zal hij niet onderworpen worden aan een individuele beoordeling door de nationale immigratiedienst. In dat geval zal overeenkomstig het arrest BRAX de familie-relatie constitutief zijn voor het recht van verblijf. Indien evenwel in overeenstemming met het arrest Akrich moet worden aangenomen dat de onderdaan van het derde land reeds legaal in een lidstaat moet verblijven alvorens zich te kunnen beroep op de rechten die richtlijn 73/148 verleent, zou dit betekenen dat de nationale immigratiewetgeving wel op deze situatie van toepassing is.

61. Uit dit overzichtje blijkt dat de ruimhartige interpretatie die aan richtlijn 73/148 wordt gegeven in de tweede situatie resulteert in het ontstaan van een bevoorrechte groep van onderdanen van derde landen. Wanneer deze personen verwant zijn aan een gemeenschapsburger die gebruik heeft gemaakt van zijn recht om zich naar een andere lidstaat te begeven, zijn zij gevrijwaard van de toepassing van de toelatings- en verblijfsrechten die door de nationale immigratiewetgeving worden gesteld. In de overige situaties niet. Ervan uitgaande dat, gezien vanuit de onderdaan van het derde land, de familiebanden in de drie feitelijke situaties op zich vergelijkbaar zijn en het enige verschil in de situaties is dat het familielid dat onderdaan is van een lidstaat is verhuisd naar een andere lidstaat, moet

voor het verschil in behandeling als gevolg van wat ik de ruimhartige uitlegging van richtlijn 73/148 heb genoemd, een rechtvaardiging worden gegeven.

F — Toelating en verblijf van personen die de nationaliteit van een derde land bezitten en familie zijn van een burger van de Gemeenschap: naar een meer systematische benadering

62. In punt 52 heb ik aangegeven dat er behoefte bestaat aan een meer systematische benadering van de uitlegging van de gemeenschapsbepalingen inzake de toelating van familieleden met de nationaliteit van een derde land die van buiten de Gemeenschap komen, tot het grondgebied van de lidstaten en inzake hun recht op verblijf bij gemeenschapsonderdanen. Inconsistenties in de rechtspraak leiden tot rechtsonzekerheid voor de betrokken onderdanen van derde landen en tot gebrek aan duidelijkheid voor de nationale autoriteiten die deze bepalingen moeten toepassen. Bij de huidige stand van de rechtspraak is er zelfs ongelijkheid tussen groepen onderdanen van derde landen, waarvoor geen rechtvaardiging lijkt te bestaan. De rechtspraak maakt ook inbreuk op nationale bevoegdheden op het gebied van het immigratiebeleid, waar deze aan bepaalde groepen onderdanen van derde landen toestaat een lidstaat binnen te komen en er te verblijven zonder dat zij aan een individuele beoordeling onderworpen zijn geweest.

63. Bij de uitlegging van de relevante bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht is het mijns inziens als leidend principe essentieel om de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten zoals neergelegd in het EG-Verdrag te respecteren. Het is te beschouwen als onderdeel van de taak van het Hof, zoals beschreven in artikel 220 EG, om niet alleen de effectiviteit van het gemeenschapsrecht te verzekeren, maar ook de bevoegdheden te respecteren en te bewaken die het Verdrag als toebehorend aan de lidstaten erkent. Dit geldt niet alleen in negatieve zin door de bevoegdheden van de Gemeenschap af te bakenen ten opzichte van die van de lidstaten, maar ook in meer positieve zin door te verzekeren dat deze nationale bevoegdheden effectief kunnen worden uitgeoefend.

64. Bij de huidige stand van zaken is duidelijk dat het vrij verkeer van personen binnen de Gemeenschap, als een van de hoekstenen van de interne markt, volledig een communautaire bevoegdheid is. Evenzeer is duidelijk dat de regulering van de immigratie aan de buitengrenzen van de Unie, voorzover nog geen harmonisatie ingevolge titel IV van het Verdrag is bereikt, tot de bevoegdheid van de lidstaten blijft behoren. Ik verwijs naar de punten 30 en volgende van deze conclusie.

65. Het oordeel van het Hof in de zaak *Akrich* dat verordening nr. 1612/68 „enkel

betrekking [heeft] op het vrije verkeer binnen de Gemeenschap” en „geen bepalingen [bevat] ten aanzien van de rechten betreffende de toegang tot het grondgebied van de Gemeenschap van een onderdaan van een derde land die gehuwd is met een burger van de Unie”³³, strookt volledig met deze verdeling van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten. Aangezien richtlijn 73/148 dezelfde doelstellingen nastreeft als verordening nr. 1612/68 ten aanzien van een andere categorie personen, moet hetzelfde gelden voor deze richtlijn. Het feit dat de werkingssfeer van de richtlijn op eenzelfde manier is beperkt, is door het Hof in wezen erkend, zij het impliciet, in het arrest *Carpenter*, waar het verklaarde dat „zowel uit de doelstellingen van de richtlijn als uit haar inhoud [volgt], dat zij de voorwaarden regelt waaronder een onderdaan van een lidstaat, en de andere in artikel 1, lid 1, sub c en d, bedoelde personen, de lidstaat van herkomst van die onderdaan kunnen verlaten en een andere lidstaat kunnen binnenkomen en er verblijven met het oog op een van de in artikel 1, lid 1, sub a en b, genoemde doeleinden en zulks voor een in artikel 4, leden 1 of 2, gepreciseerde duur”.³⁴

66. Het feit dat verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148 „geen bepalingen bevatten” over de eerste toelating van een onderdaan van een derde land tot het grondgebied van de Gemeenschap, betekent niet dat deze instrumenten in dit opzicht neutraal zijn. Dit oordeel van het Hof houdt niet in dat er een vacuüm is waarin stilzwijgend kan worden

33 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 49.

34 — Aangehaald in voetnoot 23, punt 35.

voorzien door een ruimhartige uitlegging van deze instrumenten. Het kan slechts betekenen dat, in overeenstemming met de bevoegdheidsverdeling van het Verdrag, de eerste toelating van deze personen een zaak is waarover de lidstaten hebben te beslissen overeenkomstig hun immigratiewetgeving. Dit betekent noodzakelijkerwijs, zoals het Hof oordeelde in het arrest *Akrich*, vrij geciteerd, dat een familielid met de nationaliteit van een derde land, om aanspraak te kunnen maken op de in deze gemeenschapsinstrumenten verleende rechten, legaal in een lidstaat moet verblijven wanneer hij verhuist naar een andere lidstaat waarheen de burger van de Unie migreert of is gemigreerd.³⁵

67. Zou worden aanvaard dat niet reeds legaal in een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen die zich bij een onderdaan van een lidstaat willen voegen die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer, een automatisch recht van binnenkomst en verblijf in de gast-lidstaat genieten, alleen op basis van de familie-relatie, zonder enige tussenkomst van die lidstaat, dan zou dit hen mogelijk maken de nationale immigratiewetgeving te omzeilen. Een dergelijke benadering ondermijnt dus de bevoegdheden van de lidstaten met betrekking tot de controle van de immigratie aan hun buitengrenzen.

68. Ook kan uit de functie van de gemeenschapsinstrumenten betreffende het vrije verkeer binnen de Gemeenschap worden afgeleid dat de rechten die in deze instrumenten aan familieleden uit een derde land worden toegekend, niet onvoorwaardelijk zijn.

69. Verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148 zijn uitdrukkelijk ingevoerd om gevolg te geven aan de artikelen 39 EG, respectievelijk 43 EG. Beide instrumenten zijn bedoeld om belemmeringen uit de weg te ruimen voor onderdanen van de lidstaten die van de hen bij deze verdragsbepalingen toegekende rechten gebruik maken door zich als werknemer, zelfstandige of dienstverlener naar andere lidstaten te begeven. Tot die belemmeringen behoren onder meer de potentiële gevolgen van de toepassing van nationale immigratiewetgeving voor familieleden van de houder van het principale recht, in het bijzonder wanneer deze familieleden niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten. Zouden deze familieleden niet verzekerd zijn van binnenkomst in en toelating tot een andere lidstaat, dan zou dit de communautaire werknemer of zelfstandige ervan weerhouden zijn rechten op grond van het Verdrag uit te oefenen. Als uitvloeisel van het recht van de communautaire werknemer of zelfstandige hebben derhalve ook zij het recht om zich te begeven naar en te verblijven in de lidstaat waar de economische activiteiten zullen worden verricht.

70. Gezien het primaire doel van deze gemeenschapsinstrumenten, het uit de weg ruimen van alle soorten belemmeringen die een onderdaan van een lidstaat ervan zouden

35 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 50.

kunnen weerhouden zich om economische redenen naar een andere lidstaat te begeven, is verdedigbaar dat moet worden uitgegaan van de familiesituatie zoals die bestaat op het moment dat de gemeenschapsonderdaan besluit om naar een andere lidstaat te vertrekken. Wanneer zo iemand eenmaal is verhuisd naar en zich heeft gevestigd in een andere lidstaat, ontstaat een nieuwe situatie, waarin zijn rechtspositie vergelijkbaar zou moeten zijn met die van onderdanen van de gast-lidstaat die geen gebruik hebben gemaakt van hun recht van vrij verkeer. Indien iemand uit deze laatste categorie een van buiten de Gemeenschap komend familielid met de nationaliteit van een derde land bij zich wil uitnodigen, moet dat familielid worden toegelaten onder de in de nationale immigratiewetgeving gestelde voorwaarden. Hetzelfde moet gelden voor een onderdaan die reeds van zijn recht van vrij verkeer gebruik heeft gemaakt en kennelijk niet van gebruikmaking van dat recht is weerhouden om redenen verband houdend met de niet-toelating van familieleden met de nationaliteit van een derde land. Men kan met andere woorden niet zeggen dat onderdanen van de lidstaten op grond van het gemeenschapsrecht een voortgezet recht toekomt om hun familie van buiten de Gemeenschap te allen tijde te kunnen uitnodigen. In dit opzicht zijn mijns inziens artikel 10 van verordening nr. 1612/68 en artikel 1, lid 1, van richtlijn 73/148 niet te beschouwen als instrumenten voor ex post facto gezinshereniging tussen onderdanen van de lidstaten en familieleden van buiten de Gemeenschap.

71. De Commissie is van mening dat wanneer een familielid met de nationaliteit van

een derde land zich bij de gemeenschapsburger in de gast-lidstaat wenst te voegen, rechtstreeks van buiten de Gemeenschap, de verplichting een verblijfsvergunning te verkrijgen in het land van herkomst van de gemeenschapsburger, zou neerkomen op een beperking van het recht van deze laatste om zich vrij binnen de Gemeenschap te bewegen. Naast het feit dat in een situatie als die van het hoofdgeding het vereiste van legaal verblijf impliceert dat het familielid vergunning dient te verkrijgen om in de gast-lidstaat te verblijven op grond van de nationale immigratiewetgeving, kan niet worden aanvaard dat de door de Commissie bedoelde voorwaarde zonder meer een beperking betekent van het recht van de gemeenschapsburger om zich naar een andere staat te begeven. Van zo'n beperking zou sprake zijn indien de voorwaarde zou resulteren in een verlies van rechten. Waar een dergelijk recht, namelijk om een familielid uit te nodigen, echter niet bestond op het moment dat de vrijheid van verkeer werd uitgeoefend, kan er logischerwijs geen sprake zijn van verlies van recht dat een beperking van de verkeersvrijheid meebrengt.

72. Ik voeg hieraan toe dat, hoewel duidelijk is dat artikel 10 van verordening nr. 1612/68 en artikel 1, lid 1, van richtlijn 73/148 als *effect* hebben dat het gezinsleven wordt beschermd, mijns inziens niet kan worden gesteld dat dit een *doel* was van die bepalingen. Waar het Hof eerst in het arrest Carpenter en later in het arrest BRAX opmerkte dat „de gemeenschapswetgever heeft erkend dat het belangrijk is, het gezinsleven van de onderdanen van de lidstaten te beschermen teneinde de belemmeringen van de door het Verdrag gewaar-

borgde fundamentele vrijheden op te heffen”³⁶, was dit, gezien in de context van de tijd waarin die verordening en die richtlijn zijn aangenomen, slechts een impliciete en hoogstens secundaire overweging. In de considerans van verordening nr. 1612/68 of van richtlijn 73/148 wordt artikel 8 EVRM niet genoemd, en het is veelzeggend dat dit ook in hun opvolger, richtlijn 2004/38, niet het geval is. In deze laatste komt de eerbiediging van het EVRM slechts in algemene zin ter sprake.³⁷ De gezinsherenigingsrichtlijn daarentegen, om redenen die gezien de primaire doelstelling van die richtlijn voor de hand liggen, noemt artikel 8 EVRM wel met zoveel woorden.³⁸ Ik meen dan ook dat de bescherming van het gezinsleven niet als richtsnoer kan worden gebruikt bij de uitlegging van de draagwijdte en de inhoud van de relevante bepalingen in verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148.

73. Vervolgens is het van belang om de rol van artikel 8 EVRM in deze context te bepalen. Artikel 6, lid 2, EU bepaalt dat de Unie de grondrechten eerbiedigt, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Deze bepaling is gericht tot de Unie zelf en geldt alleen voor de lidstaten wanneer zij het recht en de handelingen van de Unie ten uitvoer brengen, zoals wordt bevestigd door artikel

II-111, lid 1, van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.³⁹ Voorzover de lidstaten buiten de werkingsfeer van het gemeenschapsrecht optreden, zoals het geval is bij het nemen van beslissingen over de toelating van onderdanen van derde landen tot hun grondgebied, moeten zij ook hun verplichtingen uit artikel 8 EVRM naleven, echter niet uit hoofde van het gemeenschapsrecht maar als ondertekenaars van het EVRM. Op dit punt acht ik het arrest van het Hof in de zaak Carpenter dubieus, waar het artikel 8 EVRM daadwerkelijk toepaste op de feiten van de zaak.

74. Ten slotte zal, zoals reeds in punt 61 opgemerkt, wanneer aan onderdanen van derde landen die nog niet tot het grondgebied van een lidstaat zijn toegelaten en die een familieband hebben met een onderdaan van een lidstaat, op deze enkele basis wordt toegestaan om de gast-lidstaat van de migrerende gemeenschapswerknemer binnen te komen en aldaar te verblijven, dit ongelijkheid veroorzaken met familieleden uit derde landen die zich bij een familielid willen voegen die onderdaan is van een lidstaat maar niet binnen de Gemeenschap gemigreerd is, of bij een familielid die onderdaan is van een derde land en reeds legaal verblijft in een lidstaat. In de beide laatste gevallen worden de onderdanen van derde landen individueel beoordeeld alvorens te worden

36 — Carpenter, aangehaald in voetnoot 22, punt 38, en BRAX, aangehaald in voetnoot 3, punt 53.

37 — Zie overweging 31 van de considerans.

38 — Zie overweging 2 van de considerans.

39 — PB 2004, C 310.

toegelaten, maar het familielid in de eerste situatie niet. Voor dit verschil in behandeling bestaat er geen rechtvaardiging.

75. Zelfs indien de regels betreffende de toelating van onderdanen van derde landen aan de buitengrenzen van de Gemeenschap volledig geharmoniseerd waren, zou het toestaan aan bepaalde categorieën personen om het grondgebied van een lidstaat binnen te komen en aldaar te verblijven op basis van de familieband met een gemeenschapsburger die toevallig van zijn recht van vrij verkeer gebruik heeft gemaakt, de effectiviteit van deze gemeenschappelijke regels ondermijnen en misbruik in de hand werken van het soort dat ten grondslag lag aan de zaak Akrich. Om een recht van verblijf aan te nemen alleen op grond van de toevallige factor dat een onderdaan van een lidstaat naar een andere lidstaat is verhuisd, is zowel willekeurig als onrechtvaardig, daar het ongelijkheid veroorzaakt ten opzichte van gemeenschapsburgers die geen gebruik hebben gemaakt van dit recht en ten opzichte van onderdanen van derde landen die niet het voorrecht hebben familie te zijn van een migrerende gemeenschapsburger.

76. In deze benadering is het vervolgens essentieel om te bezien wat „legaal verblijf” in een lidstaat inhoudt. In dit stadium zijn de criteria op grond waarvan dit kan worden beoordeeld nog niet geharmoniseerd. Het is nog steeds aan de lidstaten om te bepalen wanneer een onderdaan van een derde land op hun grondgebied „legaal verblijf” houdt. Hoewel het als zodanig geen communautair begrip is, moeten niettemin enkele centrale kenmerken van het begrip „legaal verblijf” worden besproken.

77. „Legaal verblijf” houden op het grondgebied van een lidstaat houdt in dat 1) na een aanvraag door een onderdaan van een derde land 2) een uitdrukkelijke beslissing moet zijn genomen door de autoriteiten van een lidstaat, 3) gebaseerd op een individuele beoordeling, 4) waarbij de aanvrager toestemming wordt verleend voor binnenkomst en verblijf op zijn grondgebied 5) gedurende langere tijd. Van „legaal verblijf” in de zin van deze beoordeling kan geen sprake zijn wanneer de beslissing uitdrukkelijk en ondubbelzinnig alleen een verblijf van korte duur toestaat of wanneer het verblijf is beperkt tot een bepaald doel. Het zou haaks staan op de functie van dergelijke vergunningen indien deze als voldoende basis werden beschouwd om in aanmerking te komen voor langdurig of permanent verblijf.

78. Verdere aanknopingspunten voor de betekenis van het begrip legaal verblijf zijn in tot op zekere hoogte te vinden in artikel 3 van richtlijn 2003/86, waar de gezinshereniger, die in artikel 2, sub c, van richtlijn 2003/86 wordt omschreven als „onderdaan van een derde land die wettig in een lidstaat verblijft”, in aanmerking komt voor een verzoek tot gezinshereniging met bepaalde familieleden wanneer hij in het bezit is van een verblijfstitel met een geldigheidsduur van één jaar of langer en reden heeft om te verwachten dat hem een permanent verblijfsrecht zal worden toegekend.

79. Aldus bezien is een visum voor een verblijf van drie maanden of toestemming

om de beslissing op de aanvraag van een verblijfsvergunning af te wachten, geen „legaal verblijf” dat voldoende is voor een beroep op de rechten die gezinsleden van onderdanen van derde landen worden verleend bij verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148.

80. Vorenstaande opmerkingen leiden tot de conclusie dat, wanneer de verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten op het gebied van het vrij verkeer van personen als uitgangspunt wordt genomen, op de rechten die in verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148 worden toegekend aan onderdanen van derde landen die familie zijn van een onderdaan die gebruik wenst te maken of gebruik heeft gemaakt van zijn recht om zich naar een andere lidstaat te begeven om aldaar economische activiteiten te verrichten, door die personen alleen een beroep kan worden gedaan indien zij tot het grondgebied van een lidstaat zijn toegelaten overeenkomstig de immigratiewetgeving van die staat. Bij het nemen van beslissingen in deze context moeten de lidstaten hun verplichtingen uit hoofde van artikel 8 EVRM nakomen, niet als een verplichting van gemeenschapsrecht maar als ondertekenaars van het EVRM.

81. Alleen door deze duidelijke demarcatielijn tussen de bevoegdheden van de Gemeenschap en die van de lidstaten te hanteren, kan de omvang van de bij verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148 aan de onderdanen van derde landen die familie zijn van migrerende gemeenschapsonderdanen verleende rechten helder worden gedefinieerd, kan verwarring bij de bevoegdheidsuitoefening volgens gemeenschapsrecht en

ationale immigratiewetgeving worden vermeden, en kan gelijke behandeling van onderdanen van derde landen die familie zijn van gemeenschapsonderdanen en die van buiten de Gemeenschap arriveren, worden gegarandeerd.

VII — Beantwoording van de prejudiciële vragen

A — Vragen 1a tot en met 1d

82. Hoewel de eerste vraag van de Utläningsnämnd zowel betrekking heeft op artikel 10 van verordening nr. 1612/68 en richtlijn 73/148, is uit de feiten van de zaak duidelijk dat alleen de laatste voor dit geval relevant is.

83. De eerste vraag geeft aanleiding tot drie fundamentele vraagstellingen, die alle reeds in algemene zin zijn besproken in het vorige hoofdstuk van deze conclusie. Dit betekent dat de op de eerste vraag te geven antwoorden kort kunnen zijn.

84. Zoals gezegd, is het eerste van deze vraagpunten (vraag 1 sub a) of, gelet op het arrest Akrich, een onderdaan van een niet-

lidstaat die familie is van een burger van de Unie, welke burger als zelfstandige werkzaam is in een lidstaat waarvan hij niet de nationaliteit bezit, alleen dan aanspraak kan maken op een recht van permanent verblijf in de gast-lidstaat wanneer hij reeds legaal in de Gemeenschap verblijft.

85. Om de in de punten 62 en volgende gegeven redenen zal duidelijk zijn dat ik van mening ben dat artikel 1 van richtlijn 73/148 aldus moeten worden uitgelegd dat het recht op permanent verblijf van een persoon die familie is van een burger van de Unie en die de nationaliteit heeft van een niet-lidstaat, inderdaad veronderstelt dat die onderdaan van een niet-lidstaat legaal in de Gemeenschap verblijft. Dit impliceert dat ik de in het arrest Akrich geformuleerde regel van algemene toepassing acht.

86. Het tweede punt, dat in onderdeel b van de eerste prejudiciële vraag aan de orde wordt gesteld, betreft de vraag of de eis van „legaal verblijf” inhoudt dat het uit een derde land afkomstige familielid van een gemeenschapsburger in het bezit moet zijn van een verblijfsvergunning, geldig of bestemd voor permanent verblijf in een van de lidstaten. Zo nee, dan is de vraag of een op andere gronden voor kortere of langere duur verleende verblijfsvergunning voldoende is, dan wel zelfs een geldig visum kan volstaan.

87. Zoals in de punten 76 tot en met 79 is uiteengezet, houdt het vereiste van legaal verblijf in dat de betrokken onderdaan van een derde land tot het grondgebied van een lidstaat is toegelaten voor langere duur, zodat hij uitzicht heeft op verkrijging van een meer permanente verblijfsstatus. Uit artikel 3 van richtlijn 2003/86 kan worden afgeleid dat een periode van een jaar in dit opzicht voldoende is. Wanneer de toestemming voor binnenkomst op het grondgebied van een lidstaat slechts geldt voor korte duur of een bepaald doel, zoals in geval van een toeristenvisum, kan dit niet worden beschouwd als legaal verblijf.

88. Het derde punt is aan de orde gesteld in vraag 1, sub c en d, van de Utlänningsnämnd: indien aan een niet de nationaliteit van een lidstaat bezittend familielid van een burger van de Unie het recht van permanent verblijf in de lidstaat waar die burger is gevestigd, is geweigerd of als dat familielid uit die lidstaat wordt uitgezet, beperkt dit dan het recht van vrije vestiging van de burger van de Unie op grond van artikel 43 EG?

89. Artikel 43 EG eist de opheffing van beperkingen van de vrijheid van vestiging. Volgens vaste rechtspraak zijn als dergelijke beperkingen alle maatregelen te beschouwen die de uitoefening van deze vrijheid verbie-

den, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.⁴⁰ Richtlijn 73/148 reguleert de voorwaarden die gelden voor het verkeer en verblijf binnen de Gemeenschap van onderdanen van de lidstaten en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit. Voorzover nationale maatregelen met betrekking tot het verblijf van deze personen, kunnen worden beschouwd als beperkingen in de zin van artikel 43 EG, moeten zij primair worden beoordeeld binnen de context van richtlijn 73/148.

90. Zoals in de punten 69 en 70 is uiteengezet, heeft de richtlijn als voornaamste doel de opheffing van belemmeringen die voortvloeien uit nationale binnenkomst- en verblijfs-eisen welke ontmoedigend zouden kunnen werken voor een onderdaan van een lidstaat die zich naar een andere lidstaat wenst te begeven om aldaar economische activiteiten te verrichten. Wanneer eenmaal van de vrijheid ingevolge artikel 43 EG gebruik is gemaakt, kunnen beslissingen ten aanzien van de verblijfsstatus van familieleden met de nationaliteit van een derde land, die niet voorzienbaar waren ten tijde van de verhuizing naar de gast-lidstaat, per definitie niet worden gezien als ontmoedigend in deze zin, en dus ook niet als een beperking in de zin van artikel 43 EG.

40 — Zie met name arresten van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37), en 5 oktober 2004, Caixa-Bank France (C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 11).

91. Bij het nemen van dergelijke beslissingen moeten de nationale autoriteiten uiteraard hun verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM nakomen. Dit is echter een zaak die de nationale rechter dient te beoordelen.

B — Vragen 2a en 2b

92. Het eerste deel van de tweede vraag beoogt duidelijkheid te krijgen over de vraag of het begrip „te hunnen laste komen” in artikel 1, sub d, van richtlijn 73/148 betrekking heeft op de economische afhankelijkheid van een persoon die familie is van de burger van de Unie en de nationaliteit van een derde land bezit, met het oog op het bereiken van de laagst aanvaardbare levensstandaard in zijn land van herkomst of in het land waar hij gewoonlijk verblijft. Het tweede onderdeel van deze vraag betreft het aspect van het bewijs dat op grond van artikel 6, sub b, van richtlijn 73/148 kan worden verlangd. Mag de gast-lidstaat de overlegging van documenten verlangen ten bewijze dat er een feitelijke situatie van afhankelijkheid bestaat, naast een door de burger van de Unie aangegane verbintenis dat hij zijn familielid zal onderhouden?

93. Wat het eerste onderwerp betreft, moet erop worden gewezen dat het Hof, bij zijn uitlegging van hetzelfde begrip „ten laste komend” in artikel 10 van verordening

nr. 1612/68 in het arrest Lebon⁴¹, heeft verklaard dat de hoedanigheid van familielid ten laste voortvloeit uit een feitelijke situatie van ondersteuning door de werknemer, waarbij niet van belang is waarom op die steun een beroep wordt gedaan en of de betrokkene in staat is om door betaalde arbeid zelf in zijn onderhoud te voorzien.⁴² Deze definitie is in vergelijkbare bewoordingen herhaald in het arrest Zhu en Chen⁴³, in de context van richtlijn 90/364⁴⁴, waarin het Hof nogmaals opmerkte dat de hoedanigheid van familielid „ten laste” van de houder van een verblijfsrecht voortvloeit uit een feitelijke situatie, die wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat het familielid materieel wordt gesteund door de houder van het verblijfsrecht.⁴⁵

94. In geen van beide arresten refereerde het Hof aan de hoogte van de levensstandaard om te bepalen of financiële steun door de gemeenschapsburger noodzakelijk was. Integendeel, in het arrest Lebon verklaarde het dat niet hoeft te worden nagegaan waarom de financiële ondersteuning wordt gegeven dan wel of het ten laste komende familielid in staat is om zelf in zijn onderhoud te voorzien.

41 — Arrest van 18 juni 1987 (316/85, Jurispr. blz. 2811).

42 — In punt 22.

43 — Arrest van 19 oktober 2004 (C-200/02, Jurispr. blz. I-9925).

44 — Aangehaald in voetnoot 13.

45 — In punt 43.

95. In een geval als dat van het hoofdgeding echter, waar „ten laste komen” een criterium is voor de vaststelling of een onderdaan van een derde land recht heeft op verblijf bij een gemeenschapsburger in een lidstaat, lijkt het wel degelijk noodzakelijk dat wordt vastgesteld dat er werkelijk een noodzaak van financiële ondersteuning bestaat en dat blijkt uit adequate documentatie.

96. Op zich dient de vraag of aan de afhankelijkheidsvoorwaarde is voldaan, objectief te worden vastgesteld, rekening houdend met de individuele omstandigheden en persoonlijke behoeften van de persoon die de ondersteuning nodig heeft. Het komt mij voor dat het juiste criterium in dit verband primair is of, gelet op deze persoonlijke omstandigheden, de financiële middelen van de ten laste komende persoon het hem mogelijk maken om op het bestaansminimum te leven in het land waar hij normaal gesproken verblijft, aangenomen dat dit niet de lidstaat is waarin hij verblijf aanvraagt. Daarnaast moet worden vastgesteld dat dit geen tijdelijke situatie is maar een structureel karakter heeft.

97. Volgens artikel 6, sub b, van richtlijn 73/148 moet degene die een verblijfsvergunning aanvraagt, aantonen dat hij behoort tot een van de in de artikelen 1 en 4 van de richtlijn genoemde categorieën personen. Dit houdt onder meer in dat hij een ten laste komend familielid van de betrokken gemeenschapsburger moet zijn. Hiertoe eist de parallelle bepaling van richtlijn 68/360,

artikel 4, lid 3, sub e, overlegging van een document dat wordt afgegeven door de bevoegde autoriteit van de staat van oorsprong of van herkomst, waarin wordt verklaard dat hij ten laste is van de werknemer of in dat land bij hem inwonend is. Ditzelfde vereiste is voor uit een derde land afkomstige familieleden van alle burgers van de Unie gehandhaafd in artikel 10, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/38.

98. Waar het in deze context met name om gaat, is dat de bevoegde nationale autoriteiten overtuigd zijn van het bestaan van een feitelijke afhankelijkheidssituatie. Daartoe is een document dat is afgegeven door de

nationale autoriteiten van het land van herkomst stellig een waardevol bewijsmiddel, zij het niet altijd afdoende bewijs. Het valt dus niet uit te sluiten dat, wanneer een dergelijke officiële verklaring volgens de nationale autoriteiten onvoldoende is, zij moeten kunnen eisen dat dit nader wordt aangetoond. Ook valt niet uit te sluiten dat het de aanvrager uit een derde land bij gebreke van een dergelijke officiële verklaring, zal worden toegestaan zijn afhankelijkheid met andere middelen te bewijzen. Een eenvoudige verklaring van de gemeenschapsburger waaruit blijkt dat hij zijn familielid onderhoudt en waarin hij zich verbindt dat in de toekomst te blijven doen, is op zich niet voldoende objectief om „ten laste komen” in de zin van artikel 1, sub d, van richtlijn 73/148 aan te nemen.

VIII — Conclusie

99. Op basis van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Utlänningsnämnd, Zweden, te beantwoorden als volgt:

„— Artikel 1 van richtlijn 73/148/EEG moet aldus worden uitgelegd dat voor het recht van permanent verblijf van een familielid van een burger van de Unie dat de nationaliteit bezit van een niet-lidstaat, als voorwaarde geldt dat de onderdaan van de niet-lidstaat legaal in de Gemeenschap verblijft.

- Legaal verblijf binnen de Gemeenschap houdt in dat de betrokken onderdaan van het derde land tot het grondgebied van een lidstaat is toegelaten voor langere duur, te weten ten minste een jaar, zodat hij uitzicht heeft op verkrijging van een meer permanente verblijfsstatus. Wanneer de toestemming voor binnenkomst op het grondgebied van een lidstaat slechts geldt voor korte duur of een bepaald doel, zoals in geval van een toeristenvisum, kan dit niet worden beschouwd als legaal verblijf.

- Indien een familielid van een burger van de Unie dat de nationaliteit bezit van een niet-lidstaat, niet in aanmerking komt voor het recht van permanent verblijf ingevolge richtlijn 73/148 omdat hij niet legaal in de Gemeenschap verblijft, vormt een weigering om een familielid een vergunning voor permanent verblijf te verlenen of een beslissing om hem uit te zetten geen beperking van het recht van de burger van de Unie op vrije vestiging op grond van artikel 43 EG.

- Artikel 1, sub d, van richtlijn 73/148 moet aldus worden uitgelegd dat het begrip „ten laste komend” betrekking heeft op de situatie waarin een familielid van een burger van de Unie economisch afhankelijk is van die burger van de Unie om het bestaansminimum te bereiken in het land waar hij normaal gesproken woont, niet zijnde de lidstaat waar hij vergunning tot verblijf aanvraagt, en dat deze situatie een structureel karakter heeft.

- Artikel 6, sub b, van richtlijn 73/148 moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten van een familielid van een burger van de Unie dat stelt ten laste te komen van de burger van de Unie of zijn/haar echtgenoot, mogen eisen dat deze documenten overlegt, naast de door de burger van de Unie aangevane onderhoudsverbintenis, waaruit blijkt dat er een situatie van feitelijke afhankelijkheid bestaat.”