



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 12 december 2013¹

Zaak C-456/12

O.

tegen

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel,

en

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

tegen

B.

Zaak C-457/12

S.

tegen

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel,

en

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

tegen

G.

[Verzoeken van de Raad van State (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Recht van niet-EU burger om te verblijven in lidstaat waarvan EU-burger met wie hij familiebanden heeft, de nationaliteit bezit en waarin die EU-burger woont”

1. Vier derdelanders („O”, „B”, „S” en „G”) hebben elk familiebanden met een Nederlander (en dus een EU-burger) die hun referent is. Zij wensen allen legaal te verblijven in Nederland, waar hun respectieve referenten wonen. In elk van deze gevallen heeft de referent zich – voor werk of om andere redenen – over de grens met andere lidstaten verplaatst. De Raad van State (Nederland) vraagt het Hof in wezen of een dergelijke verplaatsing volstaat om vast te stellen dat EU-recht van toepassing is en om voor die derdelanders een afgeleid verblijfsrecht in Nederland te doen ontstaan.

2. O, B en G zijn gehuwd met respectievelijk „referente O”, „referente B” en „referent G”. Referente O en referente B hebben eerder tijd doorgebracht in andere lidstaten maar hebben daar niet gewerkt. Referent G werkt voor een Belgische werkgever en reist voor zijn werk dagelijks naar België. G en referent G hebben kinderen. S heeft een schoonzoon („referent S”) die werkt voor een Nederlandse werkgever maar ongeveer 30 % van zijn tijd doorbrengt met de voorbereiding en de uitvoering van zakelijke bezoeken aan België. S zorgt in Nederland voor de zoon van referent S.

¹ — Oorspronkelijke taal: Engels.

Toepasselijke bepalingen

EU-recht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

3. Artikel 20, lid 1, VWEU stelt het EU-burgerschap in en bepaalt dat „eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit”, EU-burger is. Overeenkomstig artikel 20, lid 2, sub a, VWEU genieten EU-burgers „het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven”.
4. Artikel 21, lid 1, VWEU voegt daaraan toe dat dit recht geldt „onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld”.
5. Artikel 45 VWEU waarborgt het vrij verkeer van werknemers, dat „de afschaffing [inhoudt] van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden”.
6. Volgens artikel 56, eerste alinea, VWEU „[...] zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht”.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

7. Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) heeft als opschrift „De eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven” en bepaalt dat „eenieder recht [heeft] op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven [...]”.
8. Artikel 51 omschrijft het toepassingsgebied van het Handvest:

„1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht [...] [tot de lidstaten], uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen [...]. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.

[...]”

Richtlijn 2004/38/EG²

9. Punt 1 van de considerans van richtlijn 2004/38 vormt een echo van de bewoordingen van artikel 21, lid 1, VWEU. Punt 3 bepaalt dat wanneer onderdanen van de lidstaten hun recht van vrij verkeer en verblijf uitoefenen „burgerschap van de Unie [hun] fundamentele status [dient] te zijn [...]”.

2 — Richtlijn 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 de 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, met rectificaties in PB 2004, L 229, blz. 35 en PB 2007, L 204, blz. 28 – enkel de eerste van genoemde rectificaties is relevant voor de bepalingen die in casu aan de orde zijn).

10. Volgens punt 5 van die considerans „[dient] het recht van alle burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten, wil het bestaan onder objectieve voorwaarden van vrijheid en waardigheid, ook aan familieleden, ongeacht hun nationaliteit, te worden verleend. [...]”

11. Volgens artikel 1, sub a, worden bij richtlijn 2004/38 onder meer „de voorwaarden voor uitoefening van het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten door burgers van de Unie en hun familieleden” vastgesteld.

12. Voor de toepassing van richtlijn 2004/38 is „burger van de Unie” „eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit” (artikel 2, punt 1), en vallen onder „familielid” ook „de echtgenoot” (artikel 2, punt 2, sub a) en „de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot [...]” (artikel 2, punt 2, sub d) van de burger van de Unie. Het „gastland” is „de lidstaat waarheen de burger zich begeeft om zijn recht van vrij verkeer of verblijf uit te oefenen” (artikel 2, punt 3).

13. Volgens artikel 3, lid 1, is richtlijn 2004/38 van toepassing ten aanzien van „iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2, die hem begeleiden of zich bij hem voegen”.

14. Met betrekking tot andere familieleden die voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, sub a, en een partner met wie de EU-burger een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft, bepaalt artikel 3, lid 2, dat „het gastland [...] binnenkomst en verblijf [van deze personen vergemakkelijkt]”.

15. Volgens artikel 6, lid 1, hebben EU-burgers het recht gedurende maximaal drie maanden in een andere lidstaat te verblijven. Zij dienen enkel in het bezit te zijn van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort en er mogen geen andere voorwaarden of formaliteiten worden toegepast. Volgens artikel 6, lid 2, gelden dezelfde regels „ten aanzien van familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die de burger van de Unie begeleiden of zich bij hem voegen, en in het bezit zijn van een geldig paspoort”.

16. Een EU-burger en zijn familieleden (die geen onderdaan van een lidstaat zijn) genieten tevens het recht om gedurende meer dan drie maanden in het gastland te verblijven indien die EU-burger aan de voorwaarden van artikel 7, lid 1, sub a, b of c, voldoet, te weten: (a) hij moet in het gastland werknemer of zelfstandige zijn, of (b) hij moet voor zichzelf en voor zijn familieleden beschikken over voldoende bestaansmiddelen en over een verzekering die de ziektekosten in het gastland volledig dekt, of (c) hij moet student zijn en beschikken over voldoende middelen en een verzekering die de ziektekosten volledig dekt.

17. Volgens artikel 16, lid 1, is voor de verwerving van het duurzame verblijfsrecht een ononderbroken legaal verblijf van vijf jaar in het gastland vereist.

18. Krachtens artikel 35 mogen lidstaten in geval van rechtsmisbruik of fraude een in richtlijn 2004/38 neergelegd recht ontzeggen, beëindigen of intrekken. Elke daartoe noodzakelijke maatregel moet evenredig zijn en de procedurele waarborgen van de artikelen 30 en 31 in acht nemen.

Nederlands recht

19. De Vreemdelingenwet 2000 (hierna: „Vw 2000”) omschrijft „gemeenschapsonderdanen” als onderdanen van de lidstaten en familieleden met de nationaliteit van een derde staat die op grond van (wat thans is) het VWEU (wat eerstgenoemden betreft) dan wel uit hoofde van een ter toepassing van dat Verdrag genomen besluit (wat laatstgenoemden betreft) gerechtigd zijn een andere lidstaat binnen te komen en er te verblijven. Dergelijke derdelanders kunnen van de Minister voor Immigratie,

Integratie en Asiel (hierna ook: „minister”) een document of schriftelijke verklaring krijgen waaruit het rechtmatig verblijf blijkt. Indien de minister een vreemdeling „ongewenst” heeft verklaard, kan hij op aanvraag van de betrokkene besluiten tot opheffing van die ongewenstverklaring. De desbetreffende voorwaarden staan in het Vreemdelingenbesluit, dat uitvoering geeft aan de Vw 2000.

20. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd wordt verleend onder beperkingen, verband houdende met het doel waarvoor het verblijf is toegestaan. Aan de vergunning kunnen voorschriften worden verbonden.

Feiten

Zaak C-456/12, O

Situatie van O

21. In oktober 2006 is O, Nigeriaans staatsburger, in Frankrijk getrouwd met referente O. Hij is in 2007 in Spanje gaan wonen. Sinds augustus 2009 staan O en referente O ingeschreven als daar samenwonend. Uit een tot september 2014 geldig verblijfsdocument blijkt dat O in Spanje verblijft als familielid van een EU-burger.

22. Twee maanden na aankomst in Spanje is referente O echter naar Nederland teruggekeerd omdat zij in Spanje geen werk kon vinden. Van 2007 tot april 2010 bracht zij wel regelmatig tijd, vooral weekeinden, bij O in Spanje door en gedurende die bezoeken was zij daar ontvanger van diensten. Sinds 1 juli 2010 staat O in Nederland ingeschreven als woonachtig op hetzelfde adres als referente O.

23. Er blijkt geen bewijs voor te bestaan dat referente O zich gedurende al die tijd in Nederland had uitgeschreven.

24. O heeft verzocht om afgifte van een document waaruit rechtmatig verblijf blijkt. De minister heeft die aanvraag afgewezen en O's bezwaar tegen dat besluit ongegrond verklaard. O heeft bij de Rechtbank 's-Gravenhage (hierna: „rechtbank”) beroep ingesteld, dat op 7 juli 2011 is verworpen. O heeft daarop tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

Situatie van B

25. B is een Marokkaans staatsburger. Vanaf december 2002 heeft hij in Nederland enige jaren samengewoond met referente B. Destijds waren zij nog niet gehuwd. Zij schijnen elkaar te hebben leren kennen terwijl B in afwachting was van een beslissing over zijn asielaanvraag. Die aanvraag werd afgewezen.

26. Nadat B was veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee maanden wegens het gebruik van een vals paspoort, heeft de minister B op 15 oktober 2005 ongewenst verklaard. B is daarop in januari 2006 naar Retie (België) vertrokken en woonde daar in een door referente B gehuurd appartement. Het schijnt dat referente B daar aanvankelijk alleen woonde en dat B zich na zijn vrijlating uit de gevangenis bij haar heeft gevoegd. Referente B stond ingeschreven als woonachtig in Retie met een verblijfsvergunning geldig tot 18 mei 2011. Zij kon in België echter geen werk vinden. Daarom heeft zij haar huis in Nederland aangehouden en woonde zij daar door de week wanneer zij in Nederland werkte, terwijl zij haar weekeinden bij B in België doorbracht. Tijdens die weekeinden was zij ontvanger van diensten in België. Hoewel zij de bedoeling hadden in België te trouwen, zijn zij feitelijk pas later getrouwd, in Marokko.

27. In april 2007 is B naar Marokko vertrokken omdat hij niet langer in België kon blijven wonen nadat de Belgische autoriteiten hadden ontdekt dat hij in Nederland ongewenst was verklaard. Op 31 juli 2007 zijn B en referente B in Marokko getrouwd.

28. Op verzoek van B heeft de minister de ongewenstverklaring in maart 2009 opgeheven. In juni 2009 is B teruggekeerd naar Nederland om daar bij referente B te wonen.

29. Op 30 oktober 2009 is B's aanvraag voor een document waaruit rechtmatig verblijf blijkt, afgewezen. In maart 2010 heeft de minister zowel zijn bezwaar tegen die afwijzing als zijn bezwaar tegen de plaatsing in zijn paspoort van sticker met de aantekening dat het hem niet was toegestaan arbeid te verrichten, ongegrond verklaard.

30. B heeft tegen beide besluiten beroep ingesteld bij de rechtbank, die deze besluiten nietig heeft verklaard en de minister heeft gelast nieuwe besluiten op de gemaakte bezwaren te nemen. In december 2010 heeft de minister een nieuw besluit vastgesteld met dezelfde inhoud als het eerdere besluit en heeft hij bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

Zaak C-457/12, S

Situatie van S

31. S heeft de Oekraïense nationaliteit. Haar schoonzoon, referent S, heeft sinds 2002 voor een in Nederland gevestigde werkgever gewerkt die heeft verklaard dat referent S 30 % van zijn tijd besteedt aan de voorbereiding en uitvoering van zakelijke bezoeken aan België. Referent S reist ten minste één dag in de week daarheen en bezoekt ook klanten en congressen in andere lidstaten. Voorts heeft S verklaard dat zij zorgt voor de zoon van referent S (haar kleinkind).

32. S heeft een verzoekt om afgifte van een document waaruit rechtmatig verblijf blijkt. In augustus 2009 werd haar aanvraag afgewezen. De minister heeft haar bezwaar tegen dat besluit afgewezen. In juni 2010 heeft de rechtbank haar beroep verworpen. Tegen die uitspraak heeft S hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

Situatie van G

33. G heeft de Peruaanse nationaliteit. Zij is in 2009 in Peru gehuwd met referent G. Referent G woont in Nederland maar werkt sinds 2003 voor een Belgische werkgever. Hij reist voor zijn werk dagelijks op en neer naar België.

34. G's aanvraag voor een document waaruit rechtmatig verblijf blijkt werd in december 2009 afgewezen. Haar bezwaar daartegen werd afgewezen door de minister. In juni 2011 wees de rechtbank G's beroep toe en gelastte hij de minister een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar te nemen. De minister heeft tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Voor die rechter verklaarde G dat zij en haar echtgenoot een kind (dat de Nederlandse nationaliteit heeft) hebben en dat een kind dat zij al had voordat zij met referent G trouwde, in het gezin is opgenomen.

Procesverloop en prejudiciële vragen

35. In zaak C-456/12, O, stelt de verwijzende rechter de volgende vragen:

„In [de] zaken [betreffende B] en [betreffende O]:

- 1) Dient richtlijn 2004/38 [...] wat betreft de voorwaarden voor het recht op verblijf voor familieleden met de nationaliteit van een derde land van een burger van de Unie analoog te worden toegepast, zoals in de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, C-370/90, Surinder Singh^[3] en C-291/05, Eind^[4], als een burger van de Unie naar de lidstaat van zijn nationaliteit terugkeert, nadat hij in het kader van artikel 21, lid 1, [VWEU], alsmede als ontvanger van diensten in de zin van artikel 56 [VWEU], in een andere lidstaat heeft verbleven?
- 2) Zo ja, geldt als vereiste dat het verblijf van de burger van de Unie in een andere lidstaat een bepaalde minimale duur heeft gehad, wil na terugkeer van de burger van de Unie naar de lidstaat van zijn nationaliteit aan zijn familielid met de nationaliteit van een derde land in die lidstaat een verblijfsrecht toekomen?
- 3) Zo ja, kan dan ook aan dit vereiste worden voldaan, indien geen sprake is geweest van aaneengesloten verblijf, maar van een bepaalde frequentie van verblijf, zoals tijdens wekelijks verblijf in het weekend of tijdens regelmatige bezoeken?

In [de] zaak [betreffende B]:

- 4) Zijn als gevolg van tijdsverloop tussen de terugkeer van de burger van de Unie naar de lidstaat van zijn nationaliteit en de overkomst van het familielid uit een derde land naar die lidstaat, in de omstandigheden als in het geding, de mogelijke aanspraken van het familielid met de nationaliteit van een derde land op een verblijfsrecht ontleend aan het Unierecht vervallen?”

36. In zaak C-457/12, S, stelt de verwijzende rechter de volgende vragen:

„1) In [de] zaak [betreffende G]:

Kan een familielid met de nationaliteit van een derde land van een burger van de Unie die woont in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, maar werkt in een andere lidstaat voor een in die andere lidstaat gevestigde werkgever, in omstandigheden als in het geding, een verblijfsrecht aan het Unierecht ontlennen?

2) In [de] zaak [betreffende S]:

Kan een familielid met de nationaliteit van een derde land van een burger van de Unie die woont in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, maar in het kader van zijn werkzaamheden voor een in diezelfde lidstaat gevestigde werkgever naar een andere lidstaat heen en weer reist, in omstandigheden als in het geding, een verblijfsrecht aan het Unierecht ontlennen?”

3 — Arrest van 7 juli 1992, Jurispr. blz. I-4265.

4 — Arrest van 11 december 2007, Jurispr. blz. I-10719.

37. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door O, B, G, de Belgische, de Tsjechische, de Deense, de Estse, de Duitse, de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 25 juni 2013, waarop beide zaken tegelijkertijd zijn behandeld, hebben diezelfde partijen – met uitzondering van G en de Belgische en de Estse regering – alsmede S pleidooi gehouden.

Beoordeling

Opmerkingen vooraf

38. Immigratierecht behoort, in beginsel, tot de bevoegdheid van de lidstaten. Tenzij het gaat om een situatie waarin een onderdaan van een lidstaat (die, op grond van zijn nationaliteit, tevens EU-burger is) een grens met een andere lidstaat heeft overschreden of waarin er sprake is van een werkelijk vooruitzicht dat hij dit gaat doen, komen de EU-rechten van vrij verkeer en verblijf in beginsel niet aan de orde en is alleen het nationale recht van toepassing.⁵

39. In de onderhavige gevallen heeft echter elk van de EU-referenten, hoewel woonachtig in Nederland, inderdaad een dergelijke grens overschreden. Zij hebben dit gedaan voor werk of in hun vrije tijd; zij hebben (vermoedelijk) het „passieve” recht om daar diensten te ontvangen uitgeoefend; zij waren in enkele gevallen formeel ingeschreven als woonachtig in een andere lidstaat maar hebben een vorm van verblijf aangehouden in de lidstaat waarvan zij de nationaliteit hebben (hierna: „thuisland”). Volgt daaruit dat het Unierecht dan verbiedt dat het thuisland weigert hun familieleden (O, B, S en G) een verblijfsrecht toe te kennen? En maakt het verschil of de referent en het familielid niet samen terugkeren naar het thuisland van de referent?

40. Het is duidelijk dat de referenten zelf in hun thuisland krachtens het nationale recht een onvoorwaardelijk verblijfsrecht genieten.⁶ Een lidstaat mag niet „zijn staatsburgers van zijn grondgebied [verwijderen], hen het verblijf op dat grondgebied [weigeren] of het van voorwaarden afhankelijk [stellen]”.⁷ De toegang tot en het verblijf van onderdanen in hun thuisland zijn echter wel aan het EU-recht onderworpen voor zover dit noodzakelijk is om de volle werking van hun fundamentele vrijheden van verkeer en verblijf krachtens het Unierecht te verzekeren.⁸

41. Elk afgeleid verblijfsrecht dat O, B, S en G eventueel aan het Unierecht ontleen, zou niet absoluut zijn, maar worden beheerst door de in het Unierecht geformuleerde voorwaarden en beperkingen. Daarom zal ik het verblijfsrecht afzonderlijk onderzoeken en daarna de voorwaarden en beperkingen die aan de uitoefening daarvan zijn verbonden.

42. Het Hof beschikt niet over gegevens die aangeven of O, B, S en G aanspraak kunnen maken op een verblijfsrecht krachtens het nationale recht, daaronder begrepen nationaal recht ter bescherming van de grondrechten, of krachtens het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”). De feiten suggereren niet dat de huwelijken schijnhuwelijken zouden zijn of dat er sprake was van fraude of rechtsmisbruik. Was dat wel zo, dan

5 — Vanzelfsprekend zijn niet alle burgerschapsrechten ervan afhankelijk dat een EU-burger grenzen heeft overschreden. Zie bijvoorbeeld artikel 20, lid 2, sub d, VWEU. Er zijn bovendien uitzonderlijke situaties waarin een EU-burger, ook al zijn er geen grenzen tussen lidstaten overschreden, „het effectieve genot van de belangrijkste rechten” die zijn verbonden aan zijn EU-burgerschap, zou worden ontzegd bij gebreke van een afgeleid verblijfsrecht voor de familieleden met de nationaliteit van een derde land: zie de rechtspraak ontwikkeld in de arresten Ruiz Zambrano, McCarthy en Dereci, besproken in punten 52-66 hieronder.

6 — Arrest van 5 mei 2011, McCarthy (C-434/09, Jurispr. blz. I-3375), punten 29 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

7 — Arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

8 — Zie bijvoorbeeld arresten Singh, aangehaald in voetnoot 3 hierboven, punt 23, en Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punt 32.

zou de constatering dat er van dergelijk misbruik sprake is het onnodig maken verder in te gaan op de vraag of een afgeleid verblijfsrecht rechtmatig zou mogen worden geweigerd. Het enkele feit dat O en referente O alsmede B en referente B zich op een bepaald moment naar een andere lidstaat hebben begeven, waar een gunstigere behandeling was verzekerd, vormt evenwel geen rechtsmisbruik.⁹

43. Ik concentreer mij in deze conclusie op de vraag of de weigering om rechtmatig verblijf toe te kennen aan derdelanders zoals O, B, S en G, een beperking vormt van het recht van hun referenten om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven. Een dergelijke beperking zou, in theorie, kunnen worden gerechtvaardigd. Het Hof beschikt echter niet over gegevens aan de hand waarvan een dergelijke rechtvaardiging zou kunnen worden beoordeeld.

44. Ten slotte zal ik in deze conclusie trachten een coherente uiteenzetting te geven van de parameters waarbinnen voor familieleden met de nationaliteit van een derde land afgeleide verblijfsrechten ontstaan in het thuisland van de EU-burger die zijn rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend zonder noodzakelijkerwijs (volle) verblijfsrechten in een andere lidstaat uit te oefenen. Een ad-hocoplossing waarbij de relevante parameters niet duidelijk worden bepaald, kan de nationale rechter weliswaar helpen om deze vier individuele gedingen te beslechten, doch brengt het risico mee dat de huidige onder beroepsbeoefenaars en nationale overheden heersende onzekerheid over de vraag of het Unierecht (al dan niet) kan worden ingeroepen, wordt vergroot. Daarbij komt nog het risico dat het Hof met een groot aantal vergelijkbare zaken wordt geconfronteerd, wanneer nationale gerechten verdere verduidelijking trachten te verkrijgen middels meer prejudiciële verwijzingen.

Waarom afgeleide verblijfsrechten bestaan

45. De artikelen 20, lid 2, sub a, VWEU en 21, lid 1, VWEU verlenen EU-burgers het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven. De kern van dat recht is de vrijheid om te kiezen om al dan niet naar een andere lidstaat te reizen en/of daar te verblijven. Tenzij zij zijn gerechtvaardigd, zijn maatregelen die deze keuze beperken, in strijd met die bepalingen.

46. De gedachte dat aan familieleden van dergelijke EU-burgers afgeleide verblijfsrechten zouden moeten toekomen, was ontwikkeld in de context van de economische verkeersvrijheden, met name die van migrerende werknemers. Werknemers zijn mensen, geen automaten. Zij moeten niet genoopt zijn hun echtgenoot of andere familieleden, met name degenen die ten laste van hen zijn, achter te laten om een migrerende werknemer te worden in een andere lidstaat.¹⁰ Indien zij hun familieleden niet kunnen meenemen wanneer zij zich verplaatsen, kunnen zij ervan worden weerhouden om die rechten van vrij verkeer uit te oefenen. Bovendien kan de aanwezigheid van de familie de werknemer helpen bij de integratie in het gastland en derhalve bijdragen tot succesvol vrij verkeer.¹¹

47. Met de invoering van het Unieburgerschap in het Verdrag van Maastricht, hebben onderdanen van een lidstaat het recht verworven om vrij op het grondgebied van andere lidstaten te reizen en te verblijven, los van de economische verkeersvrijheden en dus van de verrichting van een economische activiteit.¹² Net als bij migrerende werknemers kan de doeltreffendheid van de vrijheden van de EU-burgers om te reizen en te verblijven ervan afhankelijk zijn of bepaalde familieleden het recht hebben, in het kader van het Unierecht, om zich bij hen te voegen of om hen te begeleiden naar het grondgebied waarnaar zij zich hebben begeven of waar zij verblijven. Zoals het Hof het recentelijk heeft

9 — Zie bijvoorbeeld arrest van 23 september 2003, Akrich (C-109/01, Jurispr. blz. I-9607), punten 55 en 56.

10 — Zie bijvoorbeeld de vijfde overweging van de considerans van 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) en punt 6 van de considerans van verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (PB L 141, blz. 1).

11 — Zie bijvoorbeeld arrest van 17 april 1986, Reed (59/85, Jurispr. blz. 1283), punt 28 (waarin het Hof daarop wees met betrekking tot de aanwezigheid van een ongehuwde partner).

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, Jurispr. blz. I-7091), punt 83.

geformuleerd, „de doelstelling en de rechtvaardiging van bedoelde afgeleide rechten berusten op de vaststelling dat het niet-erkennen van deze rechten het recht van vrij verkeer van de burger van de Unie aantast doordat deze ervan zal afzien van zijn recht van binnenkomst en van verblijf in het gastland gebruik te maken”.¹³

48. Volgens richtlijn 2004/38 is het bestaan van een afgeleid verblijfsrecht er niet langer van afhankelijk dat het mogelijke effect voor de EU-burger van het ontzeggen van het verblijf aan familieleden wordt aangetoond.¹⁴ De beweegreden voor het verlenen van afgeleide verblijfsrechten heeft echter zijn weerslag in het feit dat dergelijke rechten automatisch ter beschikking staan van alleen een selecte groep familieleden, van wie het feit dat zij zich bij de EU-burger kunnen voegen of hem kunnen begeleiden, door de wetgever wordt verondersteld van invloed te zijn op zijn keuze, en dus op de uitoefening van zijn recht, om zich te verplaatsen. Richtlijn 2004/38 maakt derhalve onderscheid tussen het gezin en andere familieleden. Het gezin omvat de EU-burger, zijn of haar echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner en hun rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn beneden de leeftijd van 21 jaar. Deze familieleden hebben automatisch afgeleide verblijfsrechten. Rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn ouder dan 21 jaar en rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn (of hun echtgenoten of geregistreerde partners, moeten echter voldoen aan de voorwaarde dat zij ten laste zijn om aanspraak te maken op een afgeleid verblijfsrecht. In de context van richtlijn 2004/38 komt het mij voor dat „ten laste zijn” eng is uitgelegd en gericht is op de vraag of een EU-burger deze familieleden materieel onderhoudt.¹⁵ Terwijl een dergelijke afhankelijkheid ongetwijfeld een sterke aanwijzing kan vormen voor de mate waarin het ontzeggen van verblijf afbreuk doet aan de uitoefening van de rechten van vrij verkeer en verblijf, heeft het Hof – *buiten* de context van richtlijn 2004/38 – geoordeeld dat afhankelijkheid ook kan worden gemeten aan de hand van juridische of emotionele banden of dat het relevant kan zijn dat een EU-burger afhankelijk is van een familielid met de nationaliteit van een derde land („omgekeerde afhankelijkheid”).¹⁶

Waardoor afgeleide verblijfsrechten ontstaan

49. Bij de huidige stand van het Unierecht bestaan afgeleide verblijfsrechten in beginsel alleen wanneer zij noodzakelijk zijn om te verzekeren dat EU-burgers hun rechten van vrij verkeer en verblijf doeltreffend kunnen uitoefenen. De eerste vraag is derhalve of een bepaalde EU-burger dergelijke rechten heeft uitgeoefend of uitoefent. Zo ja, dan is de tweede vraag of de ontzegging van het verblijf voor hun familieleden de uitoefening van die rechten zal beperken (indien er geen beperking is, is er geen reden om een afgeleid verblijfsrecht te verlenen). De verwijzende rechter vraagt derhalve in wezen of het noodzakelijk is het soort en de intensiteit van de uitoefening van zijn rechten van vrij verkeer en verblijf door de EU-burger in aanmerking te nemen alvorens op die tweede vraag in te gaan.

50. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen de bepalingen op het gebied van het vrije verkeer niet worden toegepast op activiteiten die geen werkelijke aanknoping hebben met situaties die door het Unierecht worden beheerst.¹⁷ Een louter hypothetisch vooruitzicht van de uitoefening van dergelijke rechten of van belemmering ervan, volstaat niet om de noodzakelijke aanknoping aan te tonen.¹⁸

13 — Arrest van 8 mei 2013, *Ymeraga e.a.* (C-87/12), punt 35; zie ook arrest van 10 oktober 2013, *Alokpa e.a.* (C-86/12), punt 22.

14 — Zie bijvoorbeeld punt 6 van de considerans van richtlijn 2004/38.

15 — Arrest van 9 januari 2007, *Jia* (C-1/05, Jurispr. blz. I-1), punten 35 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie tevens, bijvoorbeeld, arrest van 5 september 2012, *Rahman e.a.* (C-83/11), punten 32, 33 en 35, en arrest *Alokpa e.a.*, aangehaald in voetnoot 13 hierboven, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

16 — Zie arrest van 6 december 2012, *O. en S.* (C-356/11 en C-357/11), punt 56. In het arrest van 11 juli 2002, *Carpenter* (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279), leek het Hof het relevant te achten dat de heer *Carpenter* afhankelijk was van zijn vrouw voor zover zij voor zijn kinderen zorgde. Zie verder punten 113-117 hieronder.

17 — Zie bijvoorbeeld arrest van 5 juni 1997, *Uecker en Jacquet* (C-64/96 en C-65/96, Jurispr. blz. I-3171), punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

18 — Arrest van 8 november 2012, *Iida* (C-40/11), punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

51. In casu hebben referenten O, B, S en G allen rechten van vrij verkeer en/of verblijf uitgeoefend in de zin van artikel 21 VWEU. Deze zaken betreffen dus niet zuiver interne situaties, die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Dat volstaat om het Unierecht toepasselijk te maken, maar leidt niet automatisch tot de conclusie dat O, B, S en G krachtens het Unierecht een aanspraak op rechtmatig verblijf in Nederland hebben.

52. Juist omdat er sprake is geweest van grensoverschrijdend verkeer, onderscheiden de feiten die aan deze zaken ten grondslag liggen deze van zaken als Ruiz Zambrano, McCarthy of Dereci, waarin het Hof heeft geoordeeld dat er, uitzonderlijk, een aanknopingspunt met het Unierecht en een grondslag voor afgeleide verblijfsrechten krachtens artikel 20 VWEU kan bestaan zonder enige uitoefening van de rechten van vrij verkeer naar, of verblijf in een andere (gast)lidstaat, indien een nationale maatregel een EU-burger (de eigen onderdanen van een lidstaat daaronder begrepen) zou verplichten het grondgebied van de Europese Unie te verlaten.¹⁹ In het arrest Iida, dat twee Duitse staatsburgers betrof die zich naar Oostenrijk hadden verplaatst en een Japans staatsburger die verzocht om verblijf in Duitsland, maakt het Hof duidelijk dat deze toets niet was beperkt tot situaties die anders als zuiver intern zouden zijn aangemerkt.²⁰

53. In het arrest Ruiz Zambrano aanvaardde het Hof dat de weigering om verblijf toe te staan aan de vader, zijn minderjarige kinderen „het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie verbonden rechten [zou] ontzeggen”.²¹ In het bijzonder zou die weigering leiden tot hun vertrek uit het grondgebied van de Europese Unie.²²

54. In het arrest McCarthy kwam het Hof tot de tegengestelde conclusie ten aanzien van de Jamaicaanse echtgenoot van mevrouw McCarthy. Zij had de dubbele nationaliteit van het Verenigd Koninkrijk en van Ierland en had altijd in het Verenigd Koninkrijk gewoond. Zij was nooit naar Ierland gereisd en had ook geen rechten van vrij verkeer elders in de Europese Unie uitgeoefend en had het Ierse paspoort, waarop zij recht had, pas aangevraagd nadat zij in het Verenigd Koninkrijk een Jamaicaans staatsburger had gehuwd. Zij stelde evenmin werknemer, zelfstandige of persoon met voldoende bestaansmiddelen te zijn. Aan haar echtgenoot werd het verblijf in het Verenigd Koninkrijk als echtgenoot van een EU-burger met een andere nationaliteit dan die van het Verenigd Koninkrijk geweigerd.²³

55. In het arrest Dereci verduidelijkte het Hof dat de ontzegging van het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van het EU-burgerschap ontleende rechten, overeenkwam met een situatie „die erdoor gekenmerkt [wordt] dat de burger van de Unie feitelijk wordt verplicht om het grondgebied van niet alleen de lidstaat waarvan hij staatsburger is, maar ook dat van de Unie als

19 — Dit lijkt het cumulatieve effect te zijn van het arrest van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Jurispr. blz. I-1177), punten 43 en 44, het arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punten 46 en 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en het arrest van 15 november 2011, Dereci (C-256/11, Jurispr. blz. I-11315), punt 66.

20 — Arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 76. Om tot die slotsom te komen had het Hof vastgesteld dat de heer Iida niet trachtte een verblijfsrecht bij zijn echtgenote en dochter te verkrijgen in het gastland (Oostenrijk), maar in hun thuisland (Duitsland), dat de twee EU-burgers er niet van waren weerhouden om hun rechten van vrij verkeer uit te oefenen en dat de heer Iida zelf hoe dan ook bepaalde verblijfsrechten genoot zowel krachtens het nationale recht als krachtens het Unierecht (zie punten 73-75).

21 — Arrest Ruiz Zambrano, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Het Hof aanvaardde aldus dat Ruiz Zambrano, een Colombiaans staatsburger, mocht verblijven in de lidstaat waarvan zijn minderjarige kinderen, die EU-burgers waren, de nationaliteit hadden en waarin zij woonden (maar die de lidstaat waarin zij waren geboren nog nooit hadden verlaten) en die te zijnen laste waren.

22 — Arrest Ruiz Zambrano, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 44. In dat verband werd niet gewezen op grondrechten. Evenmin werd de reden voor die conclusie uiteengezet.

23 — Arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven. Terwijl inderdaad duidelijk is dat McCarthy zelf in het Verenigd Koninkrijk kon verblijven op grond van haar nationaliteit en dat haar niet het Unierechtelijke recht om te reizen werd ontnomen doordat haar echtgenoot geen afgeleide rechten werden toegekend als familielid met de nationaliteit van een derde land, is minder duidelijk of het Hof de gedetailleerde implicaties in aanmerking nam. Misschien was het korte antwoord eenvoudigweg: „Unierecht kan niet helpen; probeer het bij het EHRM”.

geheel te verlaten”.²⁴ Die situatie werd door het Hof uitzonderlijk genoemd.²⁵ Het Hof ging niet in op de vraag welke omstandigheden een EU-burger zouden kunnen dwingen het grondgebied van de Europese Unie te verlaten, hoewel het oordeelde dat „het enkele feit dat het voor een staatsburger van een lidstaat misschien wenselijk is, om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren”, dat verblijfsrechten worden toegekend, op zich niet volstond voor de slotsom dat de ontzegging van het verblijf tot een dergelijk vertrek zou leiden.²⁶ Dergelijke factoren tonen dus niet aan dat het ontzeggen van het verblijf tot het verlies van een aan het Unieburgerschap ontleend recht zal leiden, te weten het recht om op het grondgebied van de Europese Unie te verblijven.

56. Het Hof sloot echter niet uit, de artikelen 20 VWEU en 21 VWEU buiten beschouwing latend, dat een nationaal gerecht zou kunnen vereisen dat verblijf wordt toegekend op basis van artikel 7 van het Handvest (voor situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen) of artikel 8, lid 1, van het EVRM (voor andere situaties).²⁷ Wanneer dus een derdelander met familiebanden met een EU-burger geen verblijfsrecht kan ontlenen aan het Unierecht, kan een nationale rechter niettemin tot de conclusie komen dat, indien een situatie door het Unierecht wordt beheerst, het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven vereist dat hem een verblijfsrecht wordt toegekend.

57. Ik vind dit een vreemde passage aangezien zij in die zin kan worden gelezen dat daarin wordt gesuggereerd dat het Hof daar drie verschillende grondslagen in het Unierecht heeft erkend: het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (artikel 7 van het Handvest); het recht om vrij te reizen en verblijven (artikel 21, lid 1, VWEU), en de ontzegging van het effectieve genot van de belangrijkste aan een EU-burger verleende rechten (artikel 20 VWEU). Voor situaties die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, zou het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven krachtens artikel 8 EVRM een andere grondslag voor het ontstaan van een verblijfsrecht kunnen vormen.

58. Indien dat is wat het Hof bedoelde, dan moet het Hof nog het vraagstuk oplossen of dezelfde toets wordt toegepast zowel om te bepalen of het Unierecht (en dus het Handvest) toepassing vindt als om te bepalen of een maatregel waarbij verblijf wordt ontzegd, in strijd is met artikel 20 VWEU of 21 VWEU.²⁸

59. Ik meen evenwel dat er een andere manier is om de kwestie te benaderen.

60. Het Handvest is enkel van toepassing indien het Unierecht van toepassing is.²⁹ Het Handvest is dus niet van toepassing op een interne situatie, zoals die van McCarthy, waarin een EU-burger niet wordt belet rechten van vrij verkeer en verblijf krachtens het Unierecht uit te oefenen en hem door de nationale maatregel evenmin het afzonderlijke fundamentele burgerschapsrecht om op het grondgebied van de Unie te verblijven wordt ontzegd. In dergelijke situaties is het duidelijk dat, momenteel althans, het Handvest geen losstaande grondrechten verleent – dat wil zeggen rechten die geen aanknopingspunt hebben met hetgeen binnen de bevoegdheid van de Unie valt – die dan kunnen worden gebruikt om te eisen dat een nationale rechter een nationale maatregel die voor de EU-burger nadelig werkt bij de organisatie van zijn familie- en gezinsleven zoals hij dat zou wensen, buiten toepassing laat.

24 — Arrest Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 66. Dereci was een Turks onderdaan wiens echtgenote en kinderen de Oostenrijkse nationaliteit hadden en altijd in Oostenrijk hadden verbleven, waar hij bij hem wenste te leven.

25 — Arrest Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 67. Zie tevens arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 71.

26 — Arrest Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 68.

27 — Arrest Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 72.

28 — In het arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 80, lijkt het Hof een enigszins andere toets te hebben toegepast [namelijk of Iida aanspraak had op een specifiek recht krachtens het Unierecht (een verblijfskaart)], om te beslissen of de toepassing van een nationale wet ter uitvoering van Unierecht binnen de werkingssfeer van het Unierecht kon worden gebracht.

29 — Artikel 51 van het Handvest. Zie ook arrest van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10), punten 20 en 21, zoals recentelijk bevestigd in het arrest van 26 september 2013, TEXDATA Software (C-418/11), punt 73.

61. Indien het niet mogelijk is een relevante Unierechtelijke bepaling aan te wijzen, vindt het Handvest dus geen toepassing. Om het enigszins anders te stellen: naar een rechtssituatie moet door de bril van het Handvest worden gekeken indien, *maar alleen indien*, een Unierechtelijke bepaling een positieve of een negatieve verplichting op de lidstaat legt (ongeacht of die verplichting ontstaat op basis van de Verdragen dan wel op basis van afgeleid Unierecht).³⁰

62. Indien en voor zover een bepaalde situatie betreffende EU-burgers binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, moet de uitlegging van elke Unierechtelijke bepaling waarbij aan die burgers rechten worden verleend (en waarbij dus aan de lidstaten een verplichting wordt opgelegd om die rechten te eerbiedigen), in overeenstemming zijn met alle relevante rechten in het Handvest³¹, daaronder begrepen het bij artikel 7 van het Handvest gewaarborgde recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven. Dat betekent dat een bepaling als artikel 20 VWEU of 21 VWEU niet louter een grondslag voor een verblijfsstatus los van artikel 7 van het Handvest is. Veeleer dringen overwegingen betreffende de uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven door in de kern van de EU-burgerschapsrechten. Burgerschapsrechten krachtens artikel 20 VWEU of 21 VWEU moeten op zodanige wijze worden uitgelegd dat de wezenlijke inhoud ervan in overeenstemming is met het Handvest. Dat proces staat los van de vraag of een voor een beperking van het EU-burgerschapsrechten aangevoerde rechtvaardiging, *wanneer deze toepassing vinden*, in overeenstemming is met het Handvest.³²

63. Een dergelijke benadering vormt geen „uitbreiding” van de werkingssfeer van het Unierecht waardoor de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten waaruit zij is samengesteld, zou worden geschonden. Daarmee wordt enkel het overkoepelende beginsel geëerbiedigd dat in een op het beginsel van de rechtsstaat gefundeerde Unie bij de uitlegging van een bepaling van die rechtsorde al het relevante recht (daaronder begrepen, vanzelfsprekend, het primaire recht in de vorm van het Handvest) in aanmerking wordt genomen. Gezien in dat licht is het feit dat naar behoren rekening wordt gehouden met het Handvest niet „ingrijpender in” of „minder respectvol jegens de bevoegdheid van de lidstaten”, dan de juiste uitlegging van het vrije verkeer van goederen.

64. Bovendien, indien het Handvest toepassing vindt en in het Handvest opgenomen rechten overeenkomen met reeds in het EVRM vervatte rechten, dan moet het Unierecht worden uitgelegd onder inaanmerkingneming van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens („Hof te Straatsburg”).³³ Artikel 7 van het Handvest, dat het familie- en gezinsleven beschermt is een dergelijk artikel; en er is overvloedige rechtspraak van het Hof te Straatsburg waarin duidelijk is gemaakt welke betekenis aan de tegenhanger ervan in het EVRM (artikel 8 EVRM) moet worden gegeven.

30 — Zie in dat verband mijn conclusie van 14 november 2013 in de zaak *Pfleger* (C-390/12, aanhangig bij het Hof), punten 35-47, waarin wordt voortgebouwd op de gegevens in de Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17). Krachtens artikel 52, lid 7, van het Handvest worden die Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten „naar behoren in acht genomen”. In de context van het EU-burgerschap zou er bijvoorbeeld sprake zijn van een negatieve verplichting wanneer een lidstaat zich op redenen van openbaar belang zou beroepen om een EU-burger die staatsburger is van een andere lidstaat, uit te sluiten van zijn grondgebied. De handelingsvrijheid van de lidstaat is hier aan banden gelegd door het Unierecht, dat hij niet mag schenden. Voor een uitgebreidere bespreking, zie punten 151-177 van mijn conclusie in de zaak *Ruiz Zambrano*, arrest aangehaald in voetnoot 19 hierboven.

31 — Zie bijvoorbeeld arrest *Iida*, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

32 — Zie bijvoorbeeld arrest *Carpenter*, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

33 — Artikel 52, lid 3, van het Handvest bepaalt: „Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het [EVRM], zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door [het EVRM] aan worden toegekend.” Evenwel „verhindert [artikel 52, lid 3,] niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt”.

65. Daaruit volgt dat het niet van belang zou mogen zijn of wordt aangenomen dat toepassing van een bepaald nationaal voorschrift artikel 7 van het Handvest dan wel artikel 8 EVRM zou schenden. De norm die wordt toegepast (of dit nu door de nationale rechter is dan wel door het Hof te Straatsburg) is per definitie dezelfde. Het zou derhalve niet mogelijk mogen zijn om tot een verschillende slotsom te komen naargelang van de ingeroepen bepaling. (De derde component in de trilogie van bronnen van bescherming van de grondrechten, namelijk nationaal constitutioneel recht, dat vanzelfsprekend van belang zou kunnen zijn, laat ik hier buiten beschouwing.)

66. In de context van een verzoek om een prejudiciële beslissing moet het Hof de nationale rechter vanzelfsprekend een duidelijke leidraad geven over de omstandigheden waarin een Unierechtelijk recht, gelezen op een wijze die verenigbaar is met het Handvest, toepassing vindt. Zo staat het ook aan de nationale rechter – die als enige bevoegd is om de feiten te beoordelen – om de noodzakelijke gedetailleerde beoordeling van die feiten te maken en om, aan de hand van die leidraad, te bepalen of het aldus uitgelegde Unierechtelijke recht zich ertegen verzet dat de nationale maatregel wordt toegepast. Zo zal de nationale rechter met betrekking tot de stelling dat „anders mijn grondrechten worden geschonden” dezelfde toetsing verrichten als die welke hij gewend is te verrichten wanneer hij een vergelijkbare stelling krachtens het EVRM onderzoekt in het licht van de rechtspraak van het Hof te Straatsburg.

Toepasbaarheid van richtlijn 2004/38

67. Richtlijn 2004/38 geeft uitvoering aan artikel 21, lid 1, VWEU. Zij heeft tot doel de uitoefening van dat fundamentele en persoonlijke recht van vrij verkeer en verblijf te vergemakkelijken en te versterken.³⁴ Volgens vaste rechtspraak mag dergelijk afgeleid recht niet restrictief worden uitgelegd³⁵ en aan de bepalingen ervan mag „in geen geval hun effectiviteit worden ontnomen”.³⁶

68. Alleen een begunstigde in de zin van artikel 3 van richtlijn 2004/38 kan rechten van vrij verkeer en verblijf ontlenen aan deze richtlijn. Zo een begunstigde kan EU-burger zijn of een familielid als omschreven in artikel 2, punt 2.³⁷

69. Terwijl richtlijn 2004/38 van toepassing is op welbepaalde categorieën familieleden van een EU-burger en ongeacht of zij reeds legaal in een andere lidstaat hebben verbleven³⁸ of zelfs überhaupt in een lidstaat hebben verbleven³⁹, verwerven zij evenwel hun rechten via hun status als familieleden van de betrokken EU-burger.⁴⁰ In die zin zijn zij automatisch.⁴¹ De EU-burger met wie zij een familieband hebben moet eerst binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen.

34 — Arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 — Arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

36 — Arrest van 25 juli 2008, Metock e.a. (C-127/08, Jurispr. blz. I-6241), punt 84 (onder aanhaling van het arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punt 43).

37 — Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2004/38.

38 — Arrest Metock e.a., aangehaald in voetnoot 36 hierboven, punten 54, 58, 70 en 80. In het arrest Metock e.a. kwam het Hof terug van zijn oordeel in het arrest Akrich, aangehaald in voetnoot 9 hierboven (zie punt 58). De uitspraak in het arrest Metock e.a. dateerde van na de beslissing van B om naar Marokko te vertrekken, maar B en referente B waren destijds hoe dan ook nog niet getrouwd. Zie punt 27 hierboven.

39 — Arrest Metock e.a., aangehaald in voetnoot 36 hierboven, punt 49.

40 — Arrest Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 55, en met betrekking tot echtgenoten, arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

41 — Zie ook punt 48 hierboven.

70. Niet betwist is dat O, B, S en G familieleden zijn in de zin van artikel 2, punt 2, sub a en d, van richtlijn 2004/38. Dat feit volstaat: het is niet nodig aan te tonen dat er anders sprake zou zijn van een beperkend effect op de EU-burgerschapsrechten van vrij verkeer en verblijf, om vast te stellen dat, indien richtlijn 2004/38 van toepassing is, zij een afgeleid verblijfsrecht zouden genieten.⁴² Het probleem ligt elders.

71. Artikel 3, lid 1, is van toepassing op iedere EU-burger „die zich begeeft naar *of* verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit”.⁴³ Om in een lidstaat te verblijven moet een EU-burger die daar niet is geboren, zich gewoonlijk daarheen verplaatsen.⁴⁴ Daarentegen is verplaatsing naar een lidstaat mogelijk zonder daar te verblijven. In dat geval oefent een EU-burger alleen zijn recht van vrij verkeer uit en niet dat van verblijf. Alleen de bepalingen van richtlijn 2004/38 betreffende het uitreis- en inreisrecht zullen dan van toepassing zijn. In beginsel kunnen derdelanders aan het Unierecht geen verblijfsrecht ontleen in een lidstaat indien hun familielid dat EU-burger is niet zelf aanspraak maakt op een verblijfsrecht en daar niet verblijft.⁴⁵ De rechten van een EU-burger en de afgeleide rechten van diens familieleden lopen dus in zekere mate parallel.

72. Dernelanders kunnen zich op een dergelijk recht beroepen in het gastland indien zij de EU-burger die overeenkomstig de voorwaarden van de artikelen 6, lid 1, 7, lid 1, of 16, lid 1, van richtlijn 2004/38 het recht uitoefent om op dat grondgebied te verblijven, begeleiden of zich bij hem voegen.⁴⁶

73. Artikel 3, lid 1, maakt geen onderscheid naargelang van het doel van de uitoefening van de rechten van vrij verkeer en verblijf, hoewel de voorwaarden waaronder rechten van verblijf van langer dan drie maanden kunnen worden uitgeoefend, verschillen naargelang de EU-burger al dan niet migrerend werknemer of zelfstandige is.⁴⁷ Het doel zelf van richtlijn 2004/38 was immers de vroegere fragmentarische benadering van die rechten te verhelpen, onder handhaving van bepaalde voordelen voor de EU-burgers die in een andere lidstaat economische activiteiten verrichten.⁴⁸

74. Niettemin bakenen de bewoordingen van artikel 3, lid 1, de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 af door de richting waarin EU-burgers zich verplaatsen: naar een andere lidstaat dan die waarvan zij de nationaliteit bezitten.⁴⁹

75. In beginsel kunnen EU-burgers die altijd in hun thuisland hebben gewoond en nooit hun recht van vrij verkeer hebben uitgeoefend, dus geen begunstigden zijn in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2004/38.⁵⁰ Hun familieleden bijgevolg evenmin.

76. Geen van de referenten in de onderhavige zaken bevindt zich in die situatie. Zij hebben allen op zijn minst enige vorm van vrij verkeer uitgeoefend.

42 — Arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 57. Zie ook punt 48 hierboven.

43 — Nadruk toegevoegd.

44 — Het is ook mogelijk dat iemand is geboren in lidstaat A en dat land nooit heeft verlaten, maar nooit een andere nationaliteit heeft gehad dan die van lidstaat B (zie bijvoorbeeld Catherine Zhu, arrest van 19 oktober 2004, Zhu en Chen, C-200/02, Jurispr. blz. I-9925), maar dat is niet een veel voorkomende situatie.

45 — Vergelijk met, bijvoorbeeld, arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 64.

46 — Arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak. In punt 51 (en in de aldaar aangehaalde rechtspraak) oordeelde het Hof dat afgeleide rechten van binnenkomst *en* verblijf ervan afhankelijk zijn of een EU-burger „van zijn recht van vrij verkeer gebruik heeft gemaakt *door zich* in een andere lidstaat *te vestigen* dan die waarvan hij de nationaliteit bezit”.

47 — Zie de artikelen 7, lid 1, en 16, lid 1, van richtlijn 2004/38.

48 — Zie punten 4 en 19 van de considerans van richtlijn 2004/38.

49 — Ik zie geen reden voor de slotsom dat de opstellers, niettegenstaande de bewoordingen van artikel 3, lid 1, de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 bedoelden te verruimen door in andere bepalingen te verwijzen naar „gastland” of „een andere lidstaat”.

50 — Zie arresten McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punt 39, en Dereci, aangehaald in voetnoot 19 hierboven, punt 54.

77. Algemeen bezien kunnen EU-burgers zich in drie richtingen verplaatsen binnen de Europese Unie: (i) tussen twee lidstaten waarvan zij niet de nationaliteit hebben; (ii) van hun thuisland naar een andere lidstaat, en (iii) van een andere lidstaat naar hun thuisland. Zij kunnen zich vanzelfsprekend verschillende keren verplaatsen en in verschillende richtingen.⁵¹

78. Duidelijk is dat richtlijn 2004/38 van toepassing is op verplaatsingen (i) en (ii). In die omstandigheden heeft een derdelander die een familielid is van een EU-burger (die zich in een van die twee richtingen heeft verplaatst) het recht die EU-burger te begeleiden of zich bij hem te voegen.⁵²

79. Zij is echter niet van toepassing op verplaatsing (iii). Hoewel ik beslist van mening ben dat een EU-burger (en een familielid met de nationaliteit van een derde land) die bescherming genoot krachtens richtlijn 2004/38, deze bescherming niet mag verliezen wanneer hij zich een tweede keer verplaatst⁵³, zou een andere slotsom met betrekking tot de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 zelf betekenen dat het zinsdeel „andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit” zou worden uitgewist uit artikel 3, lid 1.

80. Daarbij komt dat, had de wetgever bedoeld verplaatsing (iii) mede te omvatten, hij gedetailleerde bepalingen had moeten toevoegen om die situatie te regelen. Die zijn er niet.

81. In het arrest McCarthy heeft het Hof dit bijna met zoveel woorden gezegd toen het oordeelde dat „richtlijn 2004/38 [...] [niet kan worden] toegepast op een burger van de Unie die een onvoorwaardelijk verblijfsrecht heeft op grond dat hij in de lidstaat van zijn nationaliteit verblijft”.⁵⁴ In de zaak Iida stelde advocaat-generaal Trstenjak zich op het standpunt dat richtlijn 2004/38 „in het geheel niet van toepassing is op het onderhavige geval van een verblijfsrecht van een onderdaan van een derde land in de lidstaat van oorsprong van een burger van de Unie”⁵⁵, doch zij lijkt niet zonder meer uit te sluiten dat het antwoord in andere omstandigheden anders zou kunnen luiden.⁵⁶

82. Het is juist dat het Hof in het arrest Singh⁵⁷ afgeleide verblijfsrechten aanvaardde voor familieleden van een terugkerende migrerende werknemer op basis van artikel 52 van het EEG-Verdrag (thans artikel 59 VWEU) en richtlijn 73/148⁵⁸ (ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2004/38⁵⁹). Richtlijn 73/148 betrof, net als richtlijn 2004/38, niet de situatie van een persoon die terugkeert naar zijn lidstaat; en de redenering van het Hof lijkt uitsluitend te zijn gebaseerd op de Verdragsbepalingen en niet op die richtlijn. Mijns inziens is deze beslissing van bijzonder belang voor het onderzoek van artikel 21 VWEU.⁶⁰

51 — Meer specifieke omstandigheden betreffen, bijvoorbeeld, EU-burgers met een dubbele nationaliteit die zich verplaatsen tussen de lidstaten waarvan zij de nationaliteit hebben.

52 — Arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

53 — Zie punt 95 hieronder.

54 — Arrest McCarthy, aangehaald in voetnoot 6 hierboven, punt 34, tevens punt 37. Zie ook punten 28 en 29 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott.

55 — Conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Iida, arrest aangehaald in voetnoot 18 hierboven, met name punten 48 en 54.

56 — Zie bijvoorbeeld punt 47 van haar conclusie in de zaak Iida, arrest aangehaald in voetnoot 18 hierboven.

57 — Aangehaald in voetnoot 3 hierboven.

58 — 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).

59 — Zie artikel 38, lid 2, van richtlijn 2004/38.

60 — Zie punten 91-96 hieronder.

83. Daar richtlijn 2004/38 niet van toepassing is, moet de positie van O, B, S en G en hun referenten worden onderzocht op basis van de Verdragen. Indien de uitkomst van dat onderzoek is dat afgeleide rechten voor familieleden met de nationaliteit van een derde land vereist zijn opdat EU-burgers hun rechten van vrij verkeer krachtens artikel 21 VWEU effectief kunnen uitoefenen, zal het passend zijn om in het thuisland de door richtlijn 2004/38 in gastlanden minimaal gewaarborgde behandeling toe te passen.⁶¹

Artikel 21 VWEU

Afgeleide verblijfsrechten in het thuisland

84. Krachtens artikel 21, lid 1, VWEU (en onder voorbehoud van de uitvoeringsmaatregelen ervan) moeten de lidstaten EU-burgers die niet hun nationaliteit hebben, toestaan naar hun grondgebied te reizen, en er te verblijven, met hun echtgenoot en eventueel bepaalde andere familieleden die geen EU-burger zijn.

85. In de onderhavige zaak *weigert* Nederland in wezen aan derdelanders die familieleden zijn van *zijn eigen onderdanen*, verblijfsrechten te verlenen, in omstandigheden waarin krachtens het Unierecht dergelijke rechten in beginsel *moeten* worden verleend aan derdelanders die familielid zijn van *EU-burgers met de nationaliteit van een andere lidstaat*.

86. Dat een lidstaat eigen onderdanen aldus minder gunstig wenst te behandelen dan andere EU-burgers (die zich, afgezien van hun nationaliteit, zeker in gelijke of vergelijkbare omstandigheden kunnen bevinden) is merkwaardig. Ook is het merkwaardig dat die lidstaat door het verblijf te ontzeggen, het risico loopt eigen onderdanen feitelijk „te verbannen” en hen te dwingen ofwel naar een andere lidstaat te vertrekken waar het Unierecht zal waarborgen dat zij er met hun familieleden kunnen verblijven ofwel misschien de Europese Unie zonder meer te verlaten. Een dergelijke maatregel verhoudt zich slecht met de solidariteit die wordt geacht ten grondslag te liggen aan de betrekkingen tussen een lidstaat en zijn eigen staatsburgers. Het is tevens moeilijk te verenigen met het beginsel van loyale samenwerking, dat mijns inziens evenzeer geldt tussen de lidstaten onderling als tussen de lidstaten en de Unie.⁶²

87. Toch blijkt uit de schriftelijke en mondelinge opmerkingen in de onderhavige zaak dat een aanzienlijk aantal lidstaten van mening is dat het Unierecht hun dat juist niet verbiedt.

88. Een eenvoudig weerwoord op dit argument zou zijn dat de lidstaten krachtens artikel 21, lid 1, VWEU het recht van EU-burgers vrij op het grondgebied van de Europese Unie te reizen en te verblijven, niet mogen beperken. Of zoals advocaat-generaal Jacobs het heeft geformuleerd, „onder voorbehoud van de in [dat artikel] zelf gestelde beperkingen, [mag] geen ongerechtvaardigd nadeel worden opgelegd”.⁶³

89. Datzelfde beginsel geldt voor EU-burgers die hun recht van vrij verkeer wensen uit te oefenen en die trouwen met een derdelander. Een dergelijk echtpaar zal vaak (misschien gewoonlijk) hun recht op een familie- en gezinsleven in fysieke nabijheid van elkaar wensen uit te oefenen. Indien wordt uitgesloten dat zij samenleven in de lidstaat waarvan de EU-burger de nationaliteit heeft (waarnaar hij terugkeert na aanwezigheid op het grondgebied van een andere lidstaat of van waaruit hij rechten van vrij verkeer uitoefent), dan leven zij hetzij niet samen hetzij zijn zij genoopt zich naar elders te verplaatsen. Zij zouden kunnen vertrekken naar een land buiten de Europese Unie waar zij samen

61 — Zie punten 91-97 alsmede 110 en 111 hieronder.

62 — Artikel 4, lid 3, VEU dat bepaalt: „Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.”

63 — Conclusie van 20 november 2003 in de zaak Pusa (C-224/02, Jurispr. 2004, blz. I-5763), punt 22.

rechtmatig mogen verblijven; of zij zouden zich naar een andere lidstaat van de Europese Unie kunnen verplaatsen en zich op richtlijn 2004/38 beroepen. In het eerste geval wordt een EU-burger feitelijk zijn EU-burgerschap ontnomen, omdat die status buiten de Europese Unie slechts een beperkte relevantie heeft.⁶⁴ In het tweede geval zou kunnen worden gezegd dat een dergelijke maatregel tot meer verplaatsingen leidt. Terwijl het vergemakkelijken van het vrije verkeer inderdaad een doel is van artikel 21, lid 1, VWEU, is het opleggen van vrij verkeer dat echter niet. Veeleer wordt aan EU-burgers het recht gewaarborgd om *vrij* te reizen en te verblijven binnen de Europese Unie. Indien een maatregel kan worden geacht afbreuk te doen aan de vrije keuze van de EU-burger om dat recht uit te oefenen, dan is dat een beperking die, tenzij deze wordt gerechtvaardigd, in strijd is met artikel 21, lid 1, VWEU.

90. Mijns inziens gaat dezelfde redenering op ten aanzien van naaste familieleden (zoals schoonouders, als in het geval van S), mits is aangetoond dat de EU-burger zich anders naar elders zal verplaatsen met zijn gezin (dergelijke andere familieleden daaronder begrepen) teneinde met hen samen te leven dan wel de rechten van vrij verkeer niet langer zal uitoefenen.

91. Het Hof heeft deze toets reeds toegepast in het geval waarin een EU-burger die rechten van vrij verkeer en verblijf heeft uitgeoefend, terugkeert naar zijn thuisland (arresten Singh en Eind), of rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend maar is blijven wonen in zijn thuisland (arrest Carpenter⁶⁵, gewezen na het arrest Singh⁶⁶ maar voor het arrest Eind⁶⁷). In wezen blijkt uit deze eerste twee arresten⁶⁸ dat indien een EU-burger heeft gereisd naar *en* verbleven in een andere lidstaat, familieleden hem mogen begeleiden of zich bij hem mogen voegen in zijn thuisland onder voorwaarden die niet minder gunstig zijn dan die welke volgens het Unierecht in het gastland gelden.

92. Singh en Eind hadden zich beiden, als migrerende werknemers, verplaatst naar en hadden verbleven in een andere lidstaat dan die waarvan zij de nationaliteit hadden. Zij keerden vervolgens beiden terug hun eigen lidstaat. Singh werd zelfstandige; Eind werkte niet. Zij hadden elk een familielid dat derdelander was en dat bij hen in het gastland had gewoond en dat bij hen wenste te leven in het thuisland.

93. Het Hof oordeelde dat Singh bij terugkeer naar zijn thuisland moest worden behandeld op een wijze die ten minste gelijkwaardig is aan de wijze waarop hij zou zijn behandeld in het gastland van waaruit hij zich had verplaatst.⁶⁹ Een familielid kon hem dus naar het thuisland begeleiden onder de voorwaarden van het gemeenschapsrecht dat de voorloper van richtlijn 2004/38 vormde.⁷⁰

94. In het arrest Singh wijdde het Hof weinig uitdrukkelijke overwegingen aan het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, maar zijn redenering was dat een EU-burger, indien hij werd belet om dat recht uit te oefenen door samen te leven met zijn echtgeno(o)t(e) en kinderen bij terugkeer naar zijn eigen lidstaat, ervan kon worden weerhouden de fundamentele vrijheden uit te oefenen om het grondgebied van een andere lidstaat te betreden en er te verblijven (de zogeheten

64 — Een dergelijke extreme ontneming van een fundamenteel burgerschapsrecht wordt omvat door de in het arrest Dereci gegeven herformulering van het in het arrest Ruiz Zambrano geformuleerde beginsel (beide arresten zijn aangehaald in voetnoot 19 hierboven). Voor de nauwkeurigheid breng ik in herinnering dat een aantal voorschriften, zoals artikel 20, lid 2, sub c, VWEU (diplomatieke bescherming in een derde land) aan EU-burgers rechten verlenen die buiten het grondgebied van de Europese Unie kunnen worden genoten.

65 — Aangehaald in voetnoot 16 hierboven.

66 — Aangehaald in voetnoot 3 hierboven.

67 — Aangehaald in voetnoot 4 hierboven.

68 — Op het arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, ga ik later in, in punt 113 e.v.

69 — Arrest Singh, aangehaald in voetnoot 3 hierboven, punten 19 en 23.

70 — Zie arrest Singh, aangehaald in voetnoot 3 hierboven, punt 21; zie tevens arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punt 39, en arrest van 7 oktober 2010, Lassal (C-162/09, Jurispr. blz. I-9217), punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

„afschrikkende werking”).⁷¹ In het arrest Eind was het Hof explicieter in zijn aanvaarding dat obstakels voor gezinshereniging kunnen leiden tot obstakels voor het recht van vrij verkeer van EU-burgers.⁷² Anders dan het arrest Singh (gewezen in 1992), dateert het arrest Eind uit 2007, van na de invoering van het EU-burgerschap.

95. Een EU-burger verwerft dus het recht dat een bepaalde groep familieleden hem mag begeleiden of zich bij hem mag voegen wanneer hij rechten van vrij verkeer en verblijf uitoefent. Het feit dat hij weet dat hij dit recht verliest bij terugkeer naar zijn thuisland, zal hem er waarschijnlijk van weerhouden om zich überhaupt te verplaatsen of beperkingen stellen aan wat hij kan doen nadat hij zich voor het eerst heeft verplaatst. In dat opzicht maakt het geen verschil dat een familielid, vóór de eerste verplaatsing, geen verblijfsrecht genoot in het thuisland: richtlijn 2004/38 waarborgt dat EU-burgers, na een tweede verplaatsing, mogen verblijven met hun familieleden die vóór de eerste verplaatsing bij hen leefden, die zich bij hen voegen van buiten de Europese Unie of die familieleden zijn geworden na de eerste verplaatsing.⁷³ Om die reden mag het thuisland zijn eigen onderdanen die terugkeren om op zijn grondgebied te verblijven, geen minder gunstige behandeling geven dan die welke zij als EU-burgers in het gastland genoten. Van belang is de behandeling waarop een EU-burger *recht had* in het gastland. De behandeling die een EU-burger feitelijk *heeft genoten* doet niet ter zake.⁷⁴ Aangezien na de eerste verplaatsing de aan het Unierecht ontleende rechten zijn „geactiveerd” en voor de EU-burger blijven gelden bij zijn terugkeer naar zijn thuisland, zijn de in richtlijn 2004/38 geformuleerde voorwaarden en beperkingen ook indirect van toepassing op EU-burgers die naar hun thuisland terugkeren.

Definitie van verblijf

96. Indien de EU-burger niet in een andere lidstaat is gaan verblijven, is het minder duidelijk dat het ontzeggen van een Unierechtelijk verblijfsrecht in het thuisland aan familieleden afbreuk zal doen aan de rechten van vrij verkeer van de EU-burger. Maar wat betekent verblijf in een andere lidstaat? Deze vraag ligt ten grondslag aan de tweede en de derde vraag in zaak C-456/12.

97. Richtlijn 2004/38 stelt de voorwaarden vast waaronder een EU-burger in een andere lidstaat mag verblijven zonder te definiëren wat „verblijf” betekent. Ook de Verdragen bevatten geen algemene definitie. Sommige instrumenten van afgeleid recht omschrijven „verblijf” voor de toepassing van die specifieke regeling, onder verwijzing naar begrippen als gebruikelijke of gewone verblijfplaats.^{75 76}

71 — Arrest Singh, aangehaald in voetnoot 3 hierboven, punt 20.

72 — Arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punten 37 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak (waaronder een verwijzing naar het arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven); zie ook arrest Iida, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punt 70.

73 — Zie bijvoorbeeld het arrest Metock e.a., aangehaald in voetnoot 36 hierboven, punten 88, 89 en 92 (betreffende het stichten van een gezin na de uitoefening van het recht van vrij verkeer).

74 — Dit volgt uit de wijze waarop het Hof de punten 19 en 23 van het arrest Singh, aangehaald in voetnoot 3 hierboven, heeft geformuleerd. Zie tevens de in de vorige voetnoot genoemde passages van het arrest Metock e.a.

75 — Zie bijvoorbeeld artikel 7 van richtlijn 83/182/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende de belastingvrijstellingen bij de tijdelijke invoer van bepaalde vervoermiddelen binnen de Gemeenschap (PB L 105, blz. 59), zoals gewijzigd.

76 — Zie bijvoorbeeld verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB L 166, blz. 1), zoals meerdere keren gewijzigd; verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB L 177, blz. 6); verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) (PB L 199, blz. 40), en richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PB L 335, blz. 1).

98. Het verblijf heeft verschillende functies in het Unierecht. In bepaalde contexten kan het worden gebruikt als criterium (in de zin van woonplaats) om het toepasselijke recht af te bakenen (bijvoorbeeld in het belastingrecht en in het internationale privaatrecht) en om zogeheten „bijstandstoerisme” te vermijden.⁷⁷ In andere contexten kan het de kern van een recht zijn⁷⁸ of een element dat toegang tot een voordeel uitsluit indien het ontbreekt.⁷⁹ In sommige contexten is het uitdrukkelijk omschreven. In andere is dat niet het geval. Verblijf is in het Unierecht dus geen eenduidig concept.

99. In de context van het EU-burgerschaprecht is verblijf in een andere lidstaat, behalve dat het een recht is, soms ook een voorwaarde (woonplaatsvereiste) voor de uitoefening van aan die status verbonden accessoire rechten (bijvoorbeeld het actieve en passieve stemrecht voor het Europees Parlement en gemeenteraadsverkiezingen⁸⁰), maar het kan ook een vereiste zijn dat andere krachtens het Unierecht gewaarborgde rechten beperkt.

100. In het arrest Swaddling oordeelde het Hof dat volgens de definitie in artikel 1, sub h, van verordening nr. 1408/71⁸¹ „woonplaats” „normale verblijfplaats” betekende en suggereerde het dat deze term dus een Unierechtelijke betekenis had.⁸² Het Hof legde de zin „lidstaat waar hij woont” uit als de plek „waar zich ook het gewone centrum van zijn belangen bevindt”, wat moet worden bepaald gelet op „de gezinssituatie van de werknemer, de redenen waarom hij naar een ander land is gegaan, de duur en de bestendigheid van zijn verblijf, de vraag of hij eventueel een vaste werkkring heeft, alsmede de intentie van de betrokkene zoals die uit alle omstandigheden blijkt”.⁸³ Daarmee heeft het Hof erop gewezen dat een juist begrip van de vraag of een persoon ergens al dan niet woont, niet op één enkele factor moet worden gebaseerd, maar op een verzameling van elementen die het samen mogelijk maken de situatie van een persoon te beoordelen en te kwalificeren als woonachtig dan wel niet-woonachtig.

101. Op andere gebieden van het Unierecht heeft het Hof een vergelijkbare opvatting van „woonplaats” tot uitdrukking gebracht: het is daar waar een persoon het gebruikelijke of normale centrum van zijn belangen heeft, en dit moet worden bepaald in het licht van alle betrokken feiten, hetgeen zowel objectieve als subjectieve aspecten omvat.⁸⁴

102. Ik denk niet dat verblijf constante fysieke aanwezigheid op het grondgebied van één lidstaat vereist (de derde vraag in zaak C-456/12). Anders zou een persoon alleen kunnen worden geacht in een lidstaat te verblijven indien hij het recht van vrij verkeer niet heeft uitgeoefend (per definitie heeft iemand alvorens zich te verplaatsten, ergens anders verbleven).⁸⁵ Het lijkt evenwel redelijk een overwegende aanwezigheid te vereisen.

77 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 mei 2013, Wencel (C-589/10), punten 48-51, betreffende de mogelijkheid om twee gebruikelijke woonplaatsen te hebben krachtens verordening (EEG) nr. 1408/71 van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2), ingetrokken bij verordening (EG) nr. 883/2004.

78 — Zie bijvoorbeeld richtlijn 2004/38.

79 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 oktober 1984, Witte/Parlement (188/83, Jurispr. blz. 3465), punten 8-11, betreffende de toekenning van een ontheemdingstoelage.

80 — Zie artikel 22 VWEU.

81 — Aangehaald in voetnoot 77 hierboven.

82 — Arrest van 25 februari 1999, Swaddling (C-90/97, Jurispr. blz. I-1075), punt 28.

83 — Arrest Swaddling, aangehaald in voetnoot 82 hierboven, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

84 — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 februari 1977, Di Paolo (76/76, Jurispr. blz. 315), en 8 juli 1992, Knoch (C-102/91, Jurispr. blz. I-4341); zie tevens conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Swaddling, arrest aangehaald in voetnoot 82 hierboven, punt 17. Zie ook, bijvoorbeeld, arresten van 23 april 1991, Ryborg (C-297/89, Jurispr. blz. I-1943), punten 24 en 25, en 12 juli 2001, Louloudakis (C-262/99, Jurispr. blz. I-5547), punt 55.

85 — Om deze paradox te vermijden vereisen de meeste toetsen voor rechtmatig verblijf een vaste (en derhalve noodzakelijkerwijs willekeurige) „kwalificerende” periode van aanwezigheid alvorens een verblijf ontstaat. Er is echter geen objectief verschil tussen de aanwezigheid op de dag voordat en de aanwezigheid op de dag nadat het magische aantal wordt bereikt.

103. Evenmin denk ik dat de vraag of een EU-burger in een andere lidstaat is gaan wonen, ervan afhankelijk is of dit zijn enige verblijfplaats is. In veel gevallen impliceert de uitoefening van het recht om vrij in de Europese Unie te verblijven het verplaatsen van de woonplaats van de ene lidstaat naar de andere, zonder enige band van betekenis te behouden met de vorige woonplaats. In andere gevallen zal het echter om verscheidene redenen nuttig zijn om belangrijke banden in stand te houden.

104. Op voorwaarde dat EU-burgers voldoen aan de toets voor het vestigen van de woonplaats in een lidstaat, mag het niet ter zake doen dat zij elders een vorm van verblijf aanhouden.⁸⁶ Er is geen algemene Unierechtelijke regel op grond waarvan verblijf in de ene lidstaat gelijktijdig verblijf in een andere lidstaat uitsluit.⁸⁷ Dat lijkt ook besloten te liggen in de bepalingen van richtlijn 2004/38 die voor verblijf voor meer dan drie maanden de voorwaarde stellen dat een EU-burger werknemer of zelfstandige is dan wel over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat hij ten laste komt van het socialebijstandstelsel van het gastland. Daarentegen moet volledige solidariteit (wanneer de voorwaarde van „voldoende bestaansmiddelen” niet langer toepassing vindt) worden getoond jegens personen met een duurzaam verblijfsrecht.⁸⁸

105. Terwijl EU-burgers die geen migrerende werknemers of zelfstandigen zijn, in het gastland eventueel moeten aantonen dat zij over voldoende bestaansmiddelen beschikken, staat richtlijn 2004/38 neutraal tegenover de bron(nen) van die middelen, die afkomstig kunnen zijn uit activiteiten of renten elders, binnen of buiten de Europese Unie. Indien dat niet het geval zou zijn, zou er sprake zijn van een klaarblijkelijke beperking van de fundamentele vrijheden.

106. Maakt het verschil of een EU-burger zich aanvankelijk naar het gastland heeft verplaatst om er een economische vrijheid uit te oefenen en of hij is teruggekeerd naar zijn thuisland om daar economisch actief te zijn?

107. Ik meen van niet.

108. Eind vertrok uit Nederland naar het Verenigd Koninkrijk om daar economisch actief te zijn; toen hij naar Nederland terugkeerde werkte hij niet. Zijn dochter had niettemin het recht om bij hem in Nederland te komen wonen, zij het onder de voorwaarden van verordening nr. 1612/68 betreffende het verblijf van bloedverwanten in neergaande lijn van een migrerende werknemer.⁸⁹ Dat was de behandeling waarop Eind recht had in het Verenigd Koninkrijk en bij terugkeer naar Nederland kon hij het recht op die behandeling niet verliezen.

109. Een EU-burger kan dus in zijn thuisland aanspraak maken op een behandeling die niet minder gunstig is dan die waarop hij recht had als werknemer of zelfstandige in het gastland. Dat hij niet langer economisch actief is, doet niet af aan dat recht; evenmin het feit dat een EU-burger niet de status van werknemer of zelfstandige had in het gastland, omdat de rechten van vrij verkeer en verblijf van de EU-burger niet langer afhankelijk zijn van de uitoefening van een economische activiteit. De voorwaarden waaronder zijn familieleden in het gastland mogen verblijven kunnen evenwel verschillen.⁹⁰

86 — Zie bijvoorbeeld arrest Di Paolo, aangehaald in voetnoot 84 hierboven, punten 17 en 21.

87 — Lidstaten nemen bijvoorbeeld nooit aan dat een persoon in hun land niet zijn fiscale woonplaats kan hebben louter omdat hij (ook) in een ander land zijn fiscale woonplaats heeft.

88 — Zie artikel 16, lid 1, van richtlijn 2004/38.

89 — Arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punten 38 en 39. Verordening nr. 1612/68 was gewijzigd bij richtlijn 2004/38. Zij is thans ingetrokken bij verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (PB L 141, blz. 1).

90 — Zie punten 135-142 hieronder.

110. Ik ben niet overtuigd door het argument dat een EU-burger (ongeacht of hij al dan niet migrerende werknemer of zelfstandige is) gedurende een ononderbroken tijdvak van ten minste drie maanden of een andere „wezenlijke” periode in een andere lidstaat moet hebben verbleven voordat zijn familielid met de nationaliteit van een derde land in het thuisland verblijfsrechten kan ontlenuen aan het Unierecht (het onderwerp van de tweede vraag in zaak C-456/12). Dat argument vooronderstelt dat een gedwongen scheiding van een familielid, zoals een echtgenoot, een EU-burger die zich wil verplaatsen om zich tijdelijk in een andere lidstaat te vestigen, er niet van zal weerhouden zijn rechten van vrij verkeer en verblijf uit te oefenen. Ik zie geen basis om te stellen dat van de EU-burger in dergelijke omstandigheden moet worden vereist dat hij tijdelijk zijn recht op een familie- en gezinsleven opoffert (of om het enigszins anders te zeggen: dat hij bereid moet zijn die prijs te betalen om naderhand in staat te zijn zich op het Unierecht te beroepen jegens zijn eigen lidstaat, waarvan hij de nationaliteit heeft). Krachtens richtlijn 2004/38 hebben familieleden immers het recht de EU-burger onmiddellijk te begeleiden naar het gastland. Richtlijn 2004/38 stelt voor hun aanspraak op dat afgeleide recht niet de voorwaarde van een minimumverblijfsvereiste voor de EU-burger. De voor de bloedverwanten in neergaande lijn geldende voorwaarden variëren veeleer naar de duur van het verblijf op het grondgebied.

111. De duur van een verblijf van een EU-burger in een andere lidstaat is (vanzelfsprekend) een relevant kwantitatief criterium. Ik meen echter dat het niet kan worden toegepast als een absolute maatstaf om te beslissen wie wel en wie niet verblijfsrechten heeft uitgeoefend en wiens familieleden hem dus mogen begeleiden of zich of bij hem mogen voegen.⁹¹ Het is één van de criteria die in aanmerking moeten worden genomen.

Vrij verkeer zonder verblijf

112. Hoe zit het indien een EU-burger zich verplaatst naar een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, maar daar geen verblijfsplaats vestigt? Mogen zijn familieleden met de nationaliteit van een derde land zich dan bij hem voegen in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit heeft en waarin hij woont? Dat is de kern van de eerste en de tweede vraag in zaak C-457/12.

113. De redenering in de arresten Singh⁹² en Eind⁹³ betreft niet deze situatie. Uit het arrest Carpenter⁹⁴ blijkt echter reeds dat afgeleide verblijfsrechten in de lidstaat van de nationaliteit en van de woonplaats zouden kunnen worden toegekend aan derdelanders die familielid zijn van EU-burgers die de vrijheden van de interne markt uitoefenen (bijvoorbeeld om diensten te verrichten), maar *niet* hun verblijfplaats naar een andere lidstaat verplaatsen.

114. In het arrest Carpenter had de nationale rechter geoordeeld dat de echtgenoot van mevrouw Carpenter door de door haar op zich genomen zorg voor de kinderen en haar huishoudelijke werkzaamheden indirect werd geholpen en bijgestaan in zijn recht om diensten in een andere lidstaat te verrichten. Dat betekende dat de heer Carpenter meer tijd aan zijn bedrijf kon besteden, waarvoor hij een groot deel van zijn tijd in andere lidstaten doorbracht.⁹⁵ Het Hof oordeelde dat het ontzeggen van het verblijf aan mevrouw Carpenter en dus de feitelijke scheiding van de twee echtelieden „schade zou berokkenen aan hun gezinsleven en, bijgevolg, aan de voorwaarden voor het gebruik van een

91 — Immers, indien de EU-burger gedurende x maanden ononderbroken zou moeten verblijven voordat hij het recht heeft dat zijn familie zich bij hem voegt, dan zou hij enkel door hen kunnen worden „begeleid” door het grondgebied te verlaten na het magische tijdvak te hebben vervuld en het dan opnieuw te betreden en zijn familie mee te nemen, hetgeen de uitoefening van zijn rechten van vrij verkeer beslist niet zou vergemakkelijken.

92 — Aangehaald in voetnoot 3 hierboven.

93 — Aangehaald in voetnoot 4 hierboven.

94 — Arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven.

95 — Arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16, punten 14 en 19.

fundamentele vrijheid door de heer Carpenter”.⁹⁶ Onder toepassing van de grondgedachte van het arrest Singh oordeelde het Hof dat afbreuk zou worden gedaan aan de volle werking van die vrijheid indien er in het land van herkomst van de heer Carpenter obstakels zouden zijn voor de toegang en het verblijf van zijn echtgenote.⁹⁷

115. Bij zijn onderzoek of die beperking kon worden gerechtvaardigd, overwoog het Hof vervolgens dat het besluit tot uitzetting van mevrouw Carpenter een inmenging vormde in de wijze waarop de heer Carpenter gebruikmaakt van zijn recht op eerbiediging van zijn gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.⁹⁸

116. Laten wij de uitspraak in het arrest Carpenter eens nader bekijken.

117. De redenering van het Hof is noodzakelijkerwijs gebaseerd op het uitgangspunt dat er een causaal verband bestond tussen de uitoefening van het economische vrije verkeer door de heer Carpenter en het verblijf van zijn Filipijnse echtgenote in de lidstaat waarvan de heer Carpenter de nationaliteit had en waarin hij woonde. De economische activiteit verschaftte het onderhoud voor zijn echtgenote met de nationaliteit van een derde land. Omgekeerd was de heer Carpenter afhankelijk van zijn echtgenote voor zover zij voor zijn kinderen zorgde, het huishouden deed en daarmee indirect bijdroeg tot zijn succes.⁹⁹ De omstandigheden waarin het recht op gezins- en familielevens werd uitgeoefend, konden derhalve worden geacht van invloed te zijn op de uitoefening van de rechten van vrij verkeer. De ontzegging van een verblijfsrecht aan mevrouw Carpenter in de lidstaat waarvan de heer Carpenter de nationaliteit had en waarin hij woonde, zou hem er waarschijnlijk toe verplichten om hetzij (i) te verhuizen naar een andere lidstaat opdat zijn echtgenote zich daar bij hem kan voegen (onder de voorwaarden van richtlijn 2004/38) hetzij (ii) de beperking op zijn recht op familie- en gezinsleven te aanvaarden en dan zonder zijn echtgenote te leven in zijn thuisland, wat van invloed zou zijn op de omstandigheden waaronder hij gebruikmaakt van zijn vrijheid om diensten te verrichten in een andere lidstaat (zonder er te verblijven). Of dit er feitelijk toe zou hebben geleid dat hij zijn activiteiten in het buitenland zou hebben beëindigd, is onduidelijk en vormt geen onderdeel van de redenering van het Hof.

118. Wat is de relevantie van dat onderzoek, ten eerste, voor de actieve uitoefening van de rechten om zich te verplaatsen zonder elders als werknemer te gaan verblijven en, ten tweede, voor de „passieve” uitoefening van het recht om diensten te ontvangen?

Grensoverschrijdend verkeer als werknemer zonder verplaatsing van de woonplaats

119. Voor EU-burgers die, zonder hun woonplaats te verplaatsen, het recht van vrij verkeer uitoefenen in verband met een activiteit die helpt familieleden te onderhouden of waardoor de EU-burgers afhankelijk worden van die familieleden, kan het daarom nodig zijn dat bepaalde familieleden zich in het thuisland van de EU-burgers bij hen voegen. Het verband tussen verblijf en de uitoefening van de rechten van vrij verkeer kan in een dergelijk geval goed zichtbaar en makkelijk aantoonbaar zijn. Bijvoorbeeld, indien de familieleden van een grensarbeider het verblijf wordt ontzegd, kan laatstgenoemde ervan worden weerhouden in een andere lidstaat te gaan werken of gedwongen worden met zijn familie naar een andere lidstaat te verhuizen. Hetzelfde gaat op voor EU-burgers die

96 — Arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punt 39.

97 — Arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punt 39.

98 — Zie arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16, punt 41.

99 — De Immigration Adjudicator stelde vast dat mevrouw Carpenter op deze manier indirect bijdroeg tot groeiende succes van het bedrijf van haar echtgenoot: arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punt 18. Advocaat-generaal Stix-Hackl overwoog dat dit feit niet relevant was voor het verblijfsrecht krachtens het Unierecht (zie punten 103-105 van haar conclusie). Ik lees in het feit dat het Hof expliciet zich op dit gegeven baseerde een aanwijzing dat het op dit punt niet instemde met de advocaat-generaal.

aangewezen zijn op een familielid omdat dat familielid hun uitoefening van het recht van vrij verkeer vergemakkelijkt of mogelijk maakt. Dit vloeit rechtstreeks voort uit hetgeen het Hof reeds heeft geoordeeld in het arrest Carpenter met betrekking tot „actieve” dienstverlening aan in een andere lidstaat wonende klanten.

120. Is er een wezenlijk verschil tussen wonen in lidstaat A maar werken voor een werkgever in lidstaat B (de positie van referent G), en wonen in lidstaat A, werken voor een eveneens in lidstaat A gevestigde werkgever, maar werk verrichten waarvoor de werknemer naar een andere lidstaat reist (de positie van referent S)? Deze kwestie is in wezen aan de orde in de twee vragen in zaak C-457/12.

121. Ik meen van niet. In beide gevallen vereist de arbeid van de werknemer dat hij grenzen overschrijdt om zijn arbeidsovereenkomst na te komen. Hij kan niet én zijn baan behouden én in zijn thuisland blijven. De vraag rijst dan of een beperking van de aanwezigheid van familieleden met de nationaliteit van een derde land in het thuisland de werknemer ervan zal weerhouden de grens te overschrijden om zijn arbeidsovereenkomst na te komen dan wel het voor hem aanzienlijk moeilijker zal maken om dat te doen? De omstandigheden kunnen zodanig zijn dat het feitelijk geen verschil maakt voor de uitoefening van het recht van vrij verkeer. Indien evenwel aanzienlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid van de werknemer om zijn overeenkomst na te komen als hij niet kan steunen op de hulp van het familielid met de nationaliteit van een derde land (of indien grensoverschrijdend werk zelfs onmogelijk wordt), dan gebiedt de doeltreffende uitoefening van de rechten van vrij verkeer door de EU-burger dat krachtens het Unierecht aan het familielid met de nationaliteit van een derde land in het thuisland afgeleide verblijfsrechten worden toegekend.

122. Of het familielid met de nationaliteit van een derde land aanspraak kan maken op een dergelijk recht in het thuisland van de EU-burger, hangt af van dezelfde drie variabelen die aanvankelijk de basis vormden voor het creëren van afgeleide rechten voor derdelanders krachtens het Unierecht. Deze zijn:

- de familieband met de EU-burger,
- de uitoefening van de rechten van vrij verkeer door de EU-burger en
- het causale verband tussen het verblijf van de derdelander en de uitoefening van de rechten van vrij verkeer door de EU-burger.

123. Toepassing van deze criteria leidt niet automatisch tot een eenvoudig antwoord met „ja” of „nee”. De omvang van een beperking op het recht van vrij verkeer kan aanzienlijk variëren naargelang van, bijvoorbeeld, hoe nauw de familieband is. Tegelijkertijd kunnen ook de relevantie van die band en het belang ervan voor de keuze van de EU-burger om al dan niet het recht van vrij verkeer uit te oefenen in grote mate variëren. Er is sprake van een beperking van die keuze indien wordt aangetoond dat het ontzeggen van verblijf aan het familielid met de nationaliteit van een derde land zeer wel tot gevolg kan hebben dat de EU-burger zich zal verplaatsen, zich niet langer zal verplaatsen of een werkelijk voornemen om zich te verplaatsen zal opgeven.

Genot van de „passieve” vrijheid om diensten te ontvangen in een andere lidstaat zonder daarheen te verhuizen

124. De is de kern van de eerste vraag in zaak C-456/12.

125. Binnen de werkingssfeer van het Unierecht wordt aan iedere EU-burger hetzelfde niveau van bescherming van zijn fundamentele vrijheden en van zijn recht op familie- en gezinsleven gewaarborgd. Een EU-burger die zich naar een andere lidstaat begeeft om daar diensten te ontvangen, ongeacht het soort dienst, valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht.¹⁰⁰ Daaruit volgt echter niet dat elke uitoefening van het recht van vrij verkeer om diensten te ontvangen noodzakelijkerwijs afgeleide verblijfsrechten voor familieleden van de EU-burger die de nationaliteit van een derde land hebben, in het leven zal roepen in het thuisland. Dat is zo omdat niet elke ontzegging van verblijf een zodanig obstakel voor gezinshereniging vormt dat daardoor het fundamentele recht van een EU-burger om zich te verplaatsen wordt beperkt.¹⁰¹

126. Een samenleving of een economie zonder diensten is ondenkbaar geworden.¹⁰² EU-burgers overschrijden steeds veelvuldiger grenzen om diensten te ontvangen. Voor velen zal dat de enige vorm van het recht van vrij verkeer zijn dat zij ooit zullen uitoefenen: zij gaan op vakantie, maken dagtochten, bestellen boeken online, enzovoort.

127. Toch zijn niet al deze vormen van gebruik, door een EU-burger, van de vrijheid om diensten te ontvangen in een andere lidstaat ervan afhankelijk of familieleden met de nationaliteit van een derde land eveneens verblijven in de lidstaat waarin de EU-burger woont.

128. Terwijl de verplaatsing naar een andere lidstaat om een dienst te ontvangen ongetwijfeld een uitoefening van een economische vrijheid is, is dat gewoonlijk niet het type activiteit dat EU-burgers in staat stelt hun familieleden te onderhouden of waardoor die burgers afhankelijk worden van hun familieleden (mogelijkerwijs vanwege de opportunitetskosten van het uitoefenen van het recht van vrij verkeer). Om die redenen is het minder waarschijnlijk dat obstakels voor gezinshereniging van invloed zullen zijn op de overwegingen die een EU-burger ertoe brengen zich te verplaatsen en/of elders te gaan wonen.

129. In de meeste omstandigheden zijn afgeleide verblijfsrechten voor familieleden (die tot een duurzaam verblijfsrecht kunnen leiden) *niet* noodzakelijk opdat een EU-burger een dienst kan ontvangen die in wezen tijdelijk van aard is „niet enkel [in het licht] van de duur van de dienst [...], doch tevens [in het licht] van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan”¹⁰³ en die veelal een consumentendienst is waarvoor de EU-burger betaalt en niet zozeer een activiteit die inkomsten oplevert.

130. Het feit dat het ontvangen van de dienst aangenamer zou kunnen zijn indien deze samen met een familielid gebeurt, volstaat op zich niet om aan te tonen dat er sprake is van een beperking van het recht van vrij verkeer, omdat die overweging niet inherent is aan de redenen die EU-burgers ertoe brengen grenzen te overschrijden om een dienst te ontvangen (bijvoorbeeld een maaltijd in een bijzonder goed restaurant) in plaats van daarvoor te blijven in de lidstaat waarvan zij de nationaliteit bezitten en waarin zij wonen.

131. Ik sluit echter niet uit dat uitzonderlijkerwijs afgeleide verblijfsrechten voor familieleden met de nationaliteit van een derde land noodzakelijk kunnen zijn. Dat zou in het bijzonder het geval zijn wanneer een EU-burger afhankelijk wordt van een familielid juist vanwege de omstandigheden die hem ertoe brengen de grens te overschrijden om diensten te ontvangen in een andere lidstaat. Veronderstel bijvoorbeeld dat een in Duitsland wonende Duits staatsburger die is getrouwd met een Chinees staatsburger die geen vergunning heeft gekregen om daar te verblijven, ziek wordt en een

100 — Zie in dat verband arrest van 24 september 2013, Demirkan (C-221/11), punten 35 en 36.

101 — Zie tevens in dat verband, punt 5 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Singh, arrest aangehaald in voetnoot 3 hierboven.

102 — Zie ook, bijvoorbeeld, conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Demirkan, arrest aangehaald in voetnoot 100 hierboven, met name punten 49 en 50.

103 — Arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. I-4165), punt 27.

langdurige behandeling moet ondergaan. Hij besluit om medische redenen die behandeling in België te ondergaan. Hij heeft niet de bedoeling zijn woonplaats te veranderen en zich daar te vestigen. Hij heeft echter hulp nodig om regelmatig naar België te reizen. Ook heeft hij hulp nodig om andere zaken te regelen waartoe hij zelf niet langer in staat is. Hij wordt afhankelijk van een verzorger. Het valt te begrijpen dat hij zou willen dat zijn Chinese echtgenote die verzorgster zou zijn. Die beslissing valt binnen de sfeer van zijn privéleven en familie- en gezinsleven, maar houdt tegelijkertijd verband met de voorwaarden waaronder hij rechten van vrij verkeer uitoefent.

Verplaatsing tussen lidstaten om het recht op familie- en gezinsleven uit te oefenen

132. Hoe zit het indien een EU-burger zich verplaatst louter voor de uitoefening van zijn recht op familie- en gezinsleven met een familielid dat elders in de Europese Unie verblijft? Kan hij nadien stellen dat er sprake is van een beperking van zijn vrijheid van verkeer indien dat familielid naar het Unierecht geen toestemming krijgt om rechtmatig te verblijven in de lidstaat waarvan die burger de nationaliteit heeft en waarin hij woont? Die vragen zijn relevant voor de situatie van B en O (zaak C-456/12), die beiden grenzen lijken te hebben overschreden om bij hun partner of echtgenoot te zijn.

133. Betoogd zou kunnen worden dat indien een dergelijke beperkende nationale maatregel ertoe leidt dat een EU-burger in een andere lidstaat gaat wonen, dit juist de functie van het Unieburgerschap is en illustreert hoe rechten van vrij verkeer de uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven kan verbeteren.

134. Het gaat er echter niet om of een nationale maatregel ertoe leidt (of toelaat) dat vrij verkeer plaatsvindt. Van belang is de *vrijheid om te kiezen om zich al dan niet te verplaatsen*. Een maatregel die verplaatsing oplegt, beperkt die keuze en is derhalve in strijd met artikel 21, lid 1, VWEU.¹⁰⁴

Welke voorwaarden gelden voor de uitoefening van afgeleide verblijfsrechten?

135. Hoewel de vragen van de verwijzende rechter gericht zijn op het bestaan van afgeleide verblijfsrechten, zijn dergelijke rechten niet onvoorwaardelijk. De uitoefening ervan kan worden geregeld in de Verdragen of door een uitvoeringsregeling.

136. Volgens artikel 21, lid 1, VWEU geldt voor het recht van iedere burger van de Unie om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, het „voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld”.

137. Een EU-burger die zich begeeft naar een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit heeft, heeft het recht het grondgebied van die lidstaat te betreden en daar te verblijven onder de voorwaarden van richtlijn 2004/38. Voor een verblijf van maximaal drie maanden hoeft hij, bijvoorbeeld, enkel in het bezit te zijn van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort.¹⁰⁵ Hetzelfde geldt voor familieleden met de nationaliteit van een derde land die hem begeleiden of zich daar bij hem voegen.¹⁰⁶ Voor verblijf van meer dan drie maanden en duurzaam verblijf gelden andere voorwaarden. Wanneer de EU-burger terugkeert naar zijn thuisland, moet hij het recht hebben dat zijn familieleden met de nationaliteit van een derde land hem kunnen begeleiden of zich daar bij hem kunnen voegen onder voorwaarden die niet minder gunstig zijn dan die welke krachtens het Unierecht in het gastland golden.

104 — Zie ook punt 89 hierboven. Ik breng in herinnering dat de feiten niet wijzen op schijnhuwelijk, fraude of rechtsmisbruik (zie punt 42 hierboven).

105 — Artikel 6, lid 1, van richtlijn 2004/38.

106 — Artikel 6, lid 2, van richtlijn 2004/38. Vanzelfsprekend moeten dergelijke derdelanders bij het betreden van het grondgebied van de lidstaat ook voldoen aan alle relevante visumvereisten. Zie artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/38.

138. Veronderstel dat een EU-burger gedurende twee maanden in het gastland woonde en dat zijn echtgenote met de nationaliteit van een derde land zich daar bij hem had gevoegd. Vanwege omstandigheden (misschien een ernstige ziekte van een ouder) keert hij terug naar zijn thuisland waar hij met zijn echtgenote wenst te wonen voor de komende tijd. Hij kan dat doen mits zijn echtgenote aan alle relevante voorwaarden van richtlijn 2004/38 voldoet. Het feit dat zij slechts twee maanden met hem in het gastland heeft gewoond, betekent niet dat de duur van haar verblijf in het thuisland van de EU-burger op dezelfde wijze moet worden beperkt. Was dat wel zo, dan zou de EU-burger gedwongen worden hetzij om niet terug te keren naar zijn eigen lidstaat om elders in de Europese Unie met zijn echtgenote te blijven wonen, hetzij om haar achter te laten bij zijn terugkeer naar zijn lidstaat omdat zij alleen afgeleide verblijfsrechten voor tweede maanden zou kunnen ontlenen en hij langer in zijn thuisland moet blijven. Was hij in het gastland gebleven en mits aan de relevante voorwaarden was voldaan, had zijn echtgenote daar meer dan drie maanden kunnen blijven en mogelijk zelfs daar een duurzaam verblijfsrecht kunnen verkrijgen.

139. Dan rijst nog de vraag of het afgeleide verblijfsrecht verstrijkt indien er een (onbepaald) tijdsverloop ligt tussen de terugkeer van de EU-burger naar zijn thuisland en de overkomst van het familielid? Dit is aan de orde in de vierde vraag in zaak C-456/12 (betreffende B).

140. Het antwoord hangt mijns inziens van af de reden waarom de EU-burger en zijn familielid(leden) zich niet samen hebben verplaatst.

141. Ingevolge richtlijn 2004/38 kan het gastland het verblijf niet ontzeggen aan een derdelander op grond van verstreken tijd. Het is hun recht om de EU-burger met wie zij relevante familiebanden hebben, te „begeleiden of zich bij hem [te] voegen”.¹⁰⁷ Die formulering betekent dat een tijdsverloop nadat de EU-burger een grondgebied heeft betreden en er is gaan wonen, een derdelander niet kan beletten zich later bij „hem te voegen”. Het Hof heeft immers geoordeeld dat richtlijn 2004/38 niet vereist dat de familieleden van de EU-burgers het gastland op hetzelfde tijdstip betreden als de EU-burger van wiens status zij rechten afleiden.¹⁰⁸

142. Mijns inziens is de reden voor de vertraging niet relevant. Van belang is dat de beslissing tot verplaatsing om bij de EU-burger te wonen, is genomen in uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven. EU-burgers genieten de vrijheid om zelf te beslissen hoe zij het recht op familie- en gezinsleven uitoefenen (hadden zij dat niet, dan zou dat recht weinig waarde hebben). Velen zullen er de voorkeur aan geven om bij hun familieleden te wonen; anderen hebben op een gegeven moment mogelijk andere prioriteiten (die met verloop van tijd kunnen wijzigen) of er kunnen praktische obstakels voor hen zijn om onmiddellijk samen te leven. Indien daarentegen een familielid met de nationaliteit van een derde land en een EU-burger hebben besloten dat zij niet langer als stel samen willen leven en hun recht op familie- en gezinsleven niet meer willen uitoefenen, dan is er geen sprake van een afgeleid verblijfsrecht voor de derdelander.

143. Tegen deze achtergrond ga ik nu kort in op de vraag hoe de verwijzende rechter de situaties van O, B, S en G moet onderzoeken.

107 — Zie bijvoorbeeld de artikelen 6, lid 2, 7, lid 2, en 16, lid 2, van richtlijn 2004/38. Zie tevens arrest Eind, aangehaald in voetnoot 4 hierboven, punt 38.

108 — Zie bijvoorbeeld arrest Metock e.a., aangehaald in voetnoot 36 hierboven, punt 90; beschikking van 19 december 2008, Sahin (C-551/07, Jurispr. blz. I-10453), punt 28, en arrest O en S, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punt 54.

Welke factoren bepalen de afgeleide verblijfsrechten van O, B, S en G?

– O

144. Referente O verliet Nederland, trouwde in Frankrijk met O en begaf zich daarna met haar echtgenoot naar Spanje. Indien O in Spanje rechtmatig bij referente O verbleef als het familielid van een EU-burger dat de nationaliteit van een derde land heeft, in de zin van richtlijn 2004/38, dan dient referente O, wanneer zij naar Nederland terugkeert om daar te werken en te wonen, niet minder gunstig te worden behandeld dan toen zij naar Spanje vertrok om daar te gaan wonen. Daaruit volgt, indien die feiten worden bevestigd (het staat vanzelfsprekend aan de nationale rechter om dat te doen), dat O krachtens het Unierecht een recht op verblijf in Nederland zou hebben. Dat recht is onvoorwaardelijk noch absoluut. Het geldt onder voorbehoud van de in richtlijn 2004/38 geformuleerde voorwaarden en beperkingen, op dezelfde wijze als zijn eerdere verblijfsrecht in Spanje.

– B

145. Referente B oefende rechten van vrij verkeer uit en was waarschijnlijk in België gaan wonen om daar met (destijds) haar partner B te wonen. (Of referente B al dan niet werkzoekende was in België is onduidelijk en moet door de nationale rechter worden nagegaan.) Als enkel loutere partner, viel B echter niet binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 en kon hij derhalve aan het Unierecht geen verblijfsrecht in België ontleen op grond van het verblijf van referente B daar. Of referente B al dan niet in België was gaan wonen is derhalve niet beslissend voor B's aanspraak op verblijf in Nederland.

146. Evenmin is voor de toepassing van artikel 21, lid 1, VWEU relevant dat referente B met B in Marokko leefde of hem daar bezocht nadat zij waren getrouwd, omdat die bepaling enkel binnen de Europese Unie rechten van vrij verkeer en verblijf garandeert.

147. Ook lijkt er geen verband te bestaan tussen de weigering van verblijf in Nederland jegens B en de uitoefening door referente B van de door artikel 21, lid 1, VWEU gewaarborgde rechten. Elke vorm van uitoefening van die rechten vond plaats op een tijdstip waarop er nog geen familieband tussen B en referente B bestond.

148. Het enkele tijdsverloop tussen de terugkeer van referente B naar Nederland en de aankomst van B zou echter geen afbreuk doen aan aanspraken die laatstgenoemde zou hebben op een afgeleid verblijfsrecht, mits de beslissing om zich bij referente B in Nederland te voegen was genomen in de uitoefening van hun recht op familie- en gezinsleven.¹⁰⁹

– S

149. Referent S is niet een „onderdaan van een lidstaat die gebruik heeft gemaakt van het recht van vrij verkeer van werknemers en een beroepswerkzaamheid in een andere lidstaat dan zijn woonstaat heeft uitgeoefend, ongeacht zijn woonplaats en zijn nationaliteit”.¹¹⁰ Hij werkt in de lidstaat waarin hij woont en waarvan hij de nationaliteit heeft en wanneer hij zich naar België en andere lidstaten

¹⁰⁹ — Zie punten 141-142 hierboven.

¹¹⁰ — Arrest van 13 december 2012, *Caves Krier Frères* (C-379/11), punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

begeeft, betreedt hij daar niet de arbeidsmarkt.¹¹¹ Hij is niet een ter beschikking gestelde werknemer¹¹² en hij overschrijdt ook niet de grenzen om in België diensten te verrichten in de zin van artikel 56 VWEU. Het is daarentegen vermoedelijk zijn werkgever die, middels het optreden van referent S, in andere lidstaten diensten verricht.

150. Dit neemt evenwel niet weg dat referent S zijn recht van vrij verkeer in verband met een economische activiteit uitoefent (zijn baan in Nederland), waarvan de vruchten (hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan) bijdragen tot het welzijn van zijn gezin. De opportuniteitskosten van het aannemen van dit soort werk liggen in de noodzaak om kinderopvang te vinden voor zijn zoon. (Het staat aan de nationale rechter om te onderzoeken of hij die opvang nodig zou hebben – en zo ja, in dezelfde mate – indien hij gewoon in Nederland zou blijven werken.)

151. Hoe zit het met de andere twee hierboven genoemde variabelen¹¹³, te weten familieband en causaal verband?

152. Wat de familieband tussen S en referent S betreft, heeft de verwijzende rechter geoordeeld dat S een familielid in opgaande lijn te zijnen laste is in de zin van artikel 2, punt 2, sub d, van richtlijn 2004/38. Die vaststelling impliceert dat de nationale rechter van oordeel is dat referent S materieel zorgt voor het onderhoud van S (tegen de achtergrond van de strikte opvatting van het Hof van „ten laste zijn” in de zin van richtlijn 2004/38). Op zijn beurt lijkt referent S te zijn aangewezen op S voor zover zij voor zijn zoon zorgt terwijl referent S zijn rechten van vrij verkeer uitoefent in verband met zijn werk.

153. De rechtbank, die de beslissing van de minister in eerste aanleg toetste, lijkt van oordeel te zijn dat dit feit niet relevant is omdat de echtgenote van referent S (die ook in Nederland woonachtig is) of professionele kinderopvanginstanties voor het kind zouden kunnen zorgen.

154. Op die basis ging de verwijzende rechter ervan uit dat referent S, indien S geen toestemming zou krijgen om in Nederland te verblijven, zich niet in een slechtere positie zou bevinden vanuit het oogpunt van de uitoefening van de rechten van vrij verkeer. Om aan te tonen of er inderdaad geen redelijk verband bestaat tussen deze twee factoren, dient de verwijzende rechter te onderzoeken of het feit dat S het verblijf wordt ontzegd, tot gevolg heeft dat referent S ander werk zou zoeken dat geen uitoefening van de rechten van vrij verkeer meebrengt, of tot gevolg zou hebben dat hij met zijn familie, S daaronder begrepen, naar een andere lidstaat verhuist.

– G

155. Referent G is grensarbeider en bleef dat ook na zijn huwelijk in Peru met G, met wie hij kinderen heeft. Als echtgenoten moeten G en referent G worden geacht in materiële, juridische en emotionele zin op elkaar te zijn aangewezen. Het werk van referent G in een andere lidstaat lijkt van beslissend belang te zijn voor die familieband.

156. Wordt G verblijf in Nederland ontzegd, dan heeft dat zeer waarschijnlijk tot gevolg dat referent G, die met G wenst te leven, in België zal gaan wonen (om samen te wonen, op grondslag van richtlijn 2004/38) en aldus een migrerende werknemer wordt die in een andere lidstaat woont. Dat zou een beperking vormen van zijn keuze om grensarbeider te zijn, een economische vrijheid die evenwel is gewaarborgd in artikel 45 VWEU.

111 — Zie in dat verband arrest van 9 augustus 1994, Vander Elst (C-43/93, Jurispr. blz. I-3803), punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

112 — Zie artikel 1, lid 3, van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997, L 18, blz. 1).

113 — In punt 122 hierboven.

157. Of dit zou meebrengen dat hij niet langer in het buitenland zou werken is minder zeker. Afgezien van het feit dat een dergelijke beslissing zou leiden tot een verlies van de middelen waarmee hij zijn familie, G daaronder begrepen, onderhoudt, zou dat de verblijfspositie van G in Nederland niet verbeteren.

Naschrift

158. Ongeacht of het Hof instemt mijn hier gegeven bespreking, zou ik erop willen aandringen dat het Hof de door deze twee verwijzingsbeslissingen geboden gelegenheid te baat neemt om een duidelijke en gestructureerde leidraad te verschaffen over de omstandigheden waarin een familielid met de nationaliteit van een derde land van een EU-burger die in zijn thuisland woont maar zijn rechten van vrij verkeer *daadwerkelijk* uitoefent, krachtens het Unierecht aanspraak kan maken op een afgeleid verblijfsrecht in het thuisland.

Conclusie

159. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Raad van State als volgt te beantwoorden:

In zaak C-456/12, O:

- „1) 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 is niet rechtstreeks van toepassing op EU-burgers die terugkeren naar de lidstaat waarvan zij de nationaliteit hebben. De lidstaat waarvan zij de nationaliteit hebben, mag dergelijke EU-burgers echter niet een minder gunstige behandeling geven dan die waarop deze krachtens het Unierecht aanspraak hadden in de lidstaat van waaruit zij zich hebben begeven naar de lidstaat waarvan zij de nationaliteit hebben. Daaruit volgt dat richtlijn 2004/38 indirect de minimumstandaard formuleert voor de behandeling die een terugkerende EU-burger en zijn familieleden ten deel moet vallen in de lidstaat waarvan de EU-burger de nationaliteit heeft.
- 2) Het Unierecht vereist niet dat een EU-burger gedurende een bepaalde minimumperiode in een andere lidstaat heeft verbleven opdat zijn familieleden met de nationaliteit van een derde land een afgeleid verblijfsrecht toekomt in de lidstaat waarvan de EU-burger de nationaliteit heeft en waarnaar hij dan terugkeert.
- 3) Een EU-burger oefent zijn recht van verblijf in een andere lidstaat uit wanneer hij van die lidstaat de plaats maakt waar het gewone centrum van zijn belangen ligt. Op voorwaarde dat, wanneer alle relevante factoren in aanmerking zijn genomen, aan die toets is voldaan, doet het in deze context niet ter zake of die EU-burger elders een andere vorm van verblijf aanhoudt dan wel of zijn fysieke aanwezigheid in de woonlidstaat regelmatig of onregelmatig wordt onderbroken.
- 4) Indien er tijd verstrijkt tussen de terugkeer van de EU-burger naar de lidstaat waarvan hij staatsburger is, en de overkomst van het familielid met de nationaliteit van een derde land naar die lidstaat, komt het recht van het familielid op een afgeleid verblijfsrecht in die lidstaat niet te vervallen, mits de beslissing om zich bij de EU-burger te voegen is genomen in uitoefening van hun recht op familie- en gezinsleven.”

In zaak C-457/12, S:

„Indien een in de lidstaat van zijn nationaliteit woonachtige EU-burger rechten van vrij verkeer uitoefent in verband met zijn werk, is het recht van zijn familieleden met de nationaliteit van een derde land om in dat land te verblijven, afhankelijk van de vraag hoe nauw hun familieband met de EU-burger is en van het causale verband tussen de woonplaats van het gezin en de uitoefening van de rechten van vrij verkeer door de EU-burger. In het bijzonder moet het familielid een verblijfsrecht toekomen indien de ontzegging van dat recht tot gevolg zou hebben dat de EU-burger ander werk zou zoeken dat niet de uitoefening van rechten van vrij verkeer zou meebrengen, of tot gevolg zou hebben dat hij naar een andere lidstaat zou verhuizen. Het doet in dat verband niet ter zake of de EU-burger een grensarbeider is dan wel zijn recht van vrij verkeer uitoefent om de arbeidsovereenkomst na te komen die hij heeft gesloten met een werkgever die is gevestigd in de lidstaat waarvan de EU-burger de nationaliteit heeft en waarin hij woont.”