



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 15 mei 2012¹

Zaak C-40/11

**Yoshikazu Iida
tegen
Stadt Ulm**

[verzoek van het Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Artikel 6 VEU — Artikelen 20 en 21 VWEU — Artikelen 7, 24 en 51 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Artikelen 2, 3, 7, lid 2, 10 en 12 van richtlijn 2004/38/EG — Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden — Minderjarige burger van een lidstaat, die met haar moeder naar een andere lidstaat is verhuisd — Verblijfsrecht van een onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, in de lidstaat van oorsprong van zijn kind — Werkingssfeer van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Tenuitvoerlegging van het Unierecht”

I – Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de vraag of, en zo ja, in welke mate en onder welke voorwaarden, onderdanen van derde landen vanwege hun familieband en persoonlijke betrekkingen met minderjarige burgers van de Unie in aanmerking komen voor een Unierechtelijk verblijfsrecht. Het verzoek om een prejudiciële beslissing knoopt daarmee aan bij de in de arresten *Dereci e.a.*² en *Ruiz Zambrano*³ behandelde problematiek, in hoeverre de verblijfsrechten die aan de burgers van de Unie toekomen, zich uitstrekken tot onderdanen van derde landen. Daarbij doet zich in de onderhavige zaak de bijzonderheid voor dat de onderdaan van een derde land het recht op verblijf niet aanvraagt in de lidstaat waar zijn dochter, die burger van de Unie is, verblijft.

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

² — Arrest Hof van 15 november 2011, *Dereci e.a.* (C-256/11, Jurispr. blz. I-11315).

³ — Arrest Hof van 8 maart 2011, *Ruiz Zambrano* (C-34/09, Jurispr. blz. I-1177).

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

2. Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) – „De eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven” – luidt:

„Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.”

3. Artikel 24 van het Handvest – „De rechten van het kind” – bepaalt:

„(1) Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. [...]

[...]

(3) Ieder kind heeft het recht, regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.”

4. Artikel 51, lid 1, eerste volzin, van het Handvest luidt:

„De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.”

2. Richtlijn 2004/38/EG

5. Punt 5 van de considerans van richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna: „richtlijn 2004/38”)⁴, voorziet onder meer in het volgende:

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

6. Artikel 1 van richtlijn 2004/38 definieert het onderwerp van de genoemde richtlijn als volgt:

„Bij deze richtlijn worden vastgesteld:

a) 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;

[...]”

4 — PB L 158, blz. 77, met rectificaties in PB L 229, blz. 35, en PB 2007, L 204, blz. 28, en laatstelijk gewijzigd 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).

7. Volgens de definities in artikel 2 van richtlijn 2004/38 wordt onder „familielid” onder meer verstaan „de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner [...], die te hunnen laste zijn” [artikel 2, punt 2, sub d]. Volgens artikel 2, punt 3, van genoemde richtlijn wordt met „gastland” die lidstaat bedoeld, waarheen de burger zich begeeft om zijn recht van vrij verkeer of verblijf uit te oefenen.

8. Artikel 3 van richtlijn 2004/38 – „Begunstigden” – bepaalt:

„(1) Deze richtlijn is 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.

(2) Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

- a) andere, niet onder de definitie van artikel 2, punt 2, vallende familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwonen bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht in eerste instantie geniet, of die vanwege ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de burger van de Unie strikt behoeven;

[...]”

9. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 2004/38 luidt als volgt:

„Het verblijfsrecht [...] strekt zich uit tot familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, en die de burger van de Unie begeleiden of zich in het gastland bij hem voegen [...]”

10. Artikel 10 van richtlijn 2004/38 – „Afgifte van de verblijfskaart” – bepaalt:

„(1) Het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, wordt binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag ter zake vastgesteld door de afgifte van een document, ‚verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie’ genoemd. [...]

(2) Voor de afgifte van de verblijfskaart verlangen de lidstaten overlegging van de volgende documenten:

[...]

- c) een verklaring van inschrijving, of indien een inschrijvingssysteem ontbreekt een ander bewijs van verblijf in het gastland, van de burger van de Unie die zij begeleiden of bij wie zij zich voegen;

[...]”

11. Artikel 12 van richtlijn 2004/38 bepaalt ten aanzien van het „Behoud van het verblijfsrecht van familieleden in geval van overlijden of vertrek van de burger van de Unie” het volgende:

„[...]”

(3) Het overlijden van een burger van de Unie of zijn vertrek uit het gastland leidt niet tot verlies van het verblijfsrecht voor zijn kinderen, noch voor de ouder die daadwerkelijk de voogdij heeft voor de kinderen, ongeacht de nationaliteit, indien de kinderen in het gastland verblijven en er met het oog op studie aan een onderwijsinstelling zijn ingeschreven. Dit geldt tot hun studie voltooid is.”

B – Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

12. Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) behelst het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven en luidt:

„1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

C – Nationaal recht

1. Aufenthaltsgesetz

13. § 7 van het Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (de Duitse wet betreffende het verblijf, de deelneming aan het arbeidsproces en de integratie van vreemdelingen in het Bondsgebied; hierna: „Aufenthaltsgesetz”)⁵ betreft de verblijfsvergunning en bepaalt:

„(1) De verblijfsvergunning is een verblijfstitel voor beperkte duur. Zij wordt verleend om de in de volgende paragrafen vermelde redenen van verblijf. Om gegronde redenen kan een verblijfsvergunning ook om een niet in deze wet bepaalde reden van verblijf worden verleend.

[...]”

14. § 18, lid 2, van het Aufenthaltsgesetz bepaalt:

„Aan een buitenlander kan een verblijfstitel met het oog op de uitoefening van een beroepsactiviteit worden verleend [...]”

2. Freizügigkeitsgesetz/EU

15. Krachtens § 2 van het Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Duitse wet inzake de vrijheid van verkeer van de burgers van de Unie; hierna: „Freizügigkeitsgesetz/EU”)⁶ hebben burgers van de Unie die het recht van vrij verkeer genieten, recht op binnenkomst en verblijf overeenkomstig deze wet, hun familieleden in beginsel echter alleen „wanneer ze de burger van de Unie begeleiden of zich bij hem voegen” (§ 3, lid 1, van het Freizügigkeitsgesetz/EU), dan wel wanneer na vijf jaar legaal verblijf een recht tot permanent verblijf ontstaat (§ 4a van het Freizügigkeitsgesetz/EU).

5 — Aufenthaltsgesetz in de versie die is bekendgemaakt op 25 februari 2008 (BGBl. I, blz. 162), gewijzigd bij artikel 2, lid 25, van de wet van 22 december 2011 (BGBl. I, blz. 3044).

6 — Freizügigkeitsgesetz/EU van 30 juli 2004 (BGBl. I, blz. 1950, 1986), gewijzigd bij artikel 14 van de wet van 20 december 2011 (BGBl. I, blz. 2854).

16. § 5 van het Freizügigkeitsgesetz/EU bepaalt onder het opschrift „Verklaringen inzake gemeenschapsrechtelijke verblijfsrechten, verblijfskaarten”:

„[...]

(2) Aan familieleden die het recht van vrij verkeer genieten maar geen burgers van de Unie zijn, wordt ambtshalve binnen zes maanden nadat zij de noodzakelijke gegevens hebben verstrekt, een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie met een geldigheid van vijf jaar uitgereikt. [...]

III – Feiten van het hoofdgeding

17. Verzoeker in het hoofdgeding heeft de Japanse nationaliteit. Hij is sinds 1998 gehuwd met een Duitse. Hun beider dochter werd in 2004 in de Verenigde Staten geboren en bezit naast de Amerikaanse en de Japanse ook de Duitse nationaliteit.

18. Eind december 2005 verhuisde het gezin van de Verenigde Staten naar Ulm (Duitsland). Op 9 januari 2006 verkreeg verzoeker als buitenlands echtgenoot van een Duitse vrouw een nationale verblijfsvergunning.

19. Sedert februari 2006 werkt verzoeker voltijds in Ulm op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur en heeft hij een maandelijks bruto-inkomen van 4 850 EUR.

20. Nadat de echtgenote van verzoeker in de zomer van 2007 een betrekking in Wenen had aanvaard, verlegde zij in maart 2008 haar vaste woonplaats naar die stad en nam hun beider dochter mee. Verzoeker bleef in Ulm. Het gezagsrecht over de dochter, die in Wenen naar school gaat, komt toe aan beide ouders. Verzoeker bezoekt zijn dochter in de regel eenmaal per maand voor een heel weekend en betaalt voor haar maandelijks onderhoudsgeld ten bedrage van 300 EUR. Daarnaast brengt de dochter de vakanties meestal bij verzoeker door.

21. In juni 2008 meldde de echtgenote aan de Duitse vreemdelingendienst dat zij al sinds 1 januari 2008 gescheiden van verzoeker leefde. De verblijfsvergunning van verzoeker, die hem oorspronkelijk in zijn hoedanigheid van buitenlands echtgenoot van een vrouw met de Duitse nationaliteit krachtens het Duitse Aufenthaltsgesetz was verleend, werd bijgevolg niet verlengd.

22. Toch verblijft verzoeker momenteel legaal in Duitsland, nadat hem op grond van zijn beroep overeenkomstig § 18 van het Duitse Aufenthaltsgesetz een nationale verblijfsvergunning was uitgereikt.

23. Verzoeker is echter van mening dat hij op grond van het gezagsrecht dat hij over zijn in Oostenrijk wonende dochter uitoefent, ook in aanmerking komt voor een uit het Unierecht voortvloeiend verblijfsrecht in Duitsland. Uit dat recht volgt naar zijn oordeel een aanspraak op de afgifte van een „verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” in de zin van artikel 10 van richtlijn 2004/38.

24. De op 30 mei 2008 door verzoeker ingediende aanvraag tot afgifte van een dergelijke verblijfskaart werd echter afgewezen. Deze aanvraag is thans voorwerp van het hogere beroep bij de verwijzende rechter.

IV – Prejudiciële vragen

25. In die omstandigheden heeft de verwijzende rechter het Hof de volgende reeks vragen voorgelegd:

„A. Artikelen 2, 3 en 7 van richtlijn 2004/38/EG betreffende de burgers van de Unie:

- 1) Kan met name in het licht van zowel artikelen 7 en 24 van het Handvest als artikel 8 EVRM volgens een ruime uitlegging van artikel 2, punt 2, onder d), van richtlijn 2004/38 onder ‚familielid’ ook worden verstaan, een ouder, onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt over een kind, burger van de Unie met recht van vrij verkeer, dat niet in het levensonderhoud van deze ouder voorziet?
- 2) Zo ja, is richtlijn 2004/38, in het bijzonder in het licht van zowel artikelen 7 en 24 van het Handvest als artikel 8 EVRM, volgens een ruime uitlegging van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn op deze ouder van toepassing indien hij het inmiddels naar een andere lidstaat verhuisde kind, burger van de Unie met recht van vrij verkeer, niet ‚begeleidt’ of zich bij hem ‚voegt’ maar blijft wonen in de lidstaat van oorsprong van het kind?
- 3) Zo ja, vloeit hieruit, in het bijzonder in het licht van zowel artikelen 7 en 24 van het Handvest als artikel 8 EVRM, volgens een ruime uitlegging van artikel 7, lid 2, van richtlijn 2004/38 voor deze ouder een verblijfsrecht van meer dan drie maanden voort in de lidstaat van oorsprong van het kind, burger van de Unie met recht van vrij verkeer, in ieder geval zolang als het gezagsrecht bestaat en daadwerkelijk wordt uitgeoefend?

B. Artikel 6, lid 1, VEU in samenhang met het Handvest:

Eerste vraag

- a) Is het Handvest overeenkomstig artikel 51, lid 1, eerste zin, tweede zinsdeel, reeds dan van toepassing wanneer het voorwerp van het geding afhangt van een nationale wet (of deel van deze wet) ter omzetting van – zij het niet uitsluitend – richtlijnen?
- b) Zo niet: is het Handvest overeenkomstig artikel 51, lid 1, eerste zin, tweede zinsdeel, alleen reeds van toepassing op grond dat verzoeker in aanmerking zou kunnen komen voor een verblijfsrecht naar het recht van de Unie, zodat hij krachtens § 5, lid 2, eerste zin, van het Freizügigkeitsgesetz/EU aanspraak zou kunnen maken op een op artikel 10, lid 1, eerste zin, van richtlijn 2004/38 gebaseerde verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie?
- c) Zo niet: is het Handvest krachtens artikel 51, lid 1, eerste zin, tweede zinsdeel, in het verlengde van het arrest ERT (arrest van 18 juni 1991, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punten 41-45) van toepassing wanneer een lidstaat het verblijfsrecht beperkt van een vader, onderdaan van een derde land, die beschikt over een gezagsrecht over zijn dochter, een minderjarige burger van de Unie, die overwegend met haar moeder in een andere lidstaat verblijft vanwege de beroepsactiviteit van deze laatste?

Tweede vraag

- a) Indien het Handvest van toepassing is: kan onmiddellijk uit artikel 24, lid 3, van het Handvest een Unierechtelijk verblijfsrecht van een vader, onderdaan van een derde land, worden afgeleid, althans zolang hij beschikt over een gezagsrecht over zijn kind, burger van de Unie, en het daadwerkelijk uitoefent, hoewel het kind overwegend in een andere lidstaat verblijft?

- b) Zo niet: vloeit uit het recht van vrij verkeer van een kind, dat burger van de Unie is, overeenkomstig artikel 45, lid 1, van het Handvest, in voorkomend geval juncto artikel 24, lid 3, van het Handvest, een Unierechtelijk verblijfsrecht voort voor de vader, onderdaan van een derde land, in ieder geval zolang als hij over een gezagsrecht over dit kind beschikt en het daadwerkelijk uitoefent, zodat met name het recht van vrij verkeer van dit kind niet elke nuttige werking zou verliezen?

C. Artikel 6, lid 3, VEU in samenhang met de fundamentele rechtsbeginselen van de Europese Unie:

- 1) Kunnen de door het Hof in zijn rechtspraak sedert zijn arrest van 12 november 1969 in de zaak Stauder (29/69, Jurispr. blz. 419, punt 7) tot bijvoorbeeld zijn arrest van 22 november 2005 in de zaak Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 75) ontwikkelde ,ongeschreven' grondrechten van de Europese Unie in volle omvang worden toegepast, ook indien het Handvest in casu niet van toepassing is; anders gezegd, staan de overeenkomstig artikel 6, lid 3, VEU als definitieve fundamentele rechtsbeginselen van de Europese Unie te beschouwen grondrechten op zelfstandige en onafhankelijke wijze op hetzelfde niveau als de nieuwe grondrechten van het Handvest volgens artikel 6, lid 1, VEU?
- 2) Zo ja, kan met het oog op een daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht een Unierechtelijk verblijfsrecht van de vader, onderdaan van een derde land, van een minderjarige dochter, burger van de Unie, die met haar moeder wegens de beroepsactiviteit van deze laatste overwegend in een andere lidstaat verblijft, zijn grondslag vinden in de fundamentele rechtsbeginselen van de Europese Unie, in het bijzonder in het licht van het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven volgens artikel 8 EVRM?

D. Artikel 21, lid 1, VWEU juncto artikel 8 EVRM:

Indien uit artikel 6, lid 1 of lid 3, VEU geen Unierechtelijk verblijfsrecht van verzoeker zou kunnen worden afgeleid: kan in het verlengde van het arrest van 19 oktober 2004, Zhu en Chen (C-200/02, Jurispr. blz. I-9925, punten 45-47) met het oog op een daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht, uit het recht van vrij verkeer van een minderjarig kind, burger van de Unie, dat met haar moeder wegens de beroepsactiviteit van deze laatste overwegend in een andere lidstaat verblijft, krachtens artikel 21, lid 1, VWEU, in voorkomend geval in het licht van artikel 8 EVRM, een Unierechtelijk verblijfsrecht van de vader, onderdaan van een derde land, in de lidstaat van oorsprong van het kind, burger van de Unie, worden afgeleid?

E. Artikel 10 van richtlijn 2004/38/EG betreffende de burgers van de Unie:

Indien het bestaan van een Unierechtelijk verblijfsrecht wordt erkend: kan een ouder, onderdaan van een derde land, zoals in casu verzoeker, in voorkomend geval met een beroep op artikel 10, lid 1, eerste zin, van deze richtlijn aanspraak maken op een ,verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie?"

26. De verwijzende rechter tekent echter aan: „Al die prejudiciële vragen laten zich uiteraard ook in één vraag samenvatten:

Vloeit uit het recht van de Europese Unie voor een ouder, onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, met het oog op het instandhouden van regelmatige persoonlijke betrekkingen en directe ouderlijke contacten met zijn kind, een burger van de Unie, een met een ,verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie' te staven verblijfsrecht in de lidstaat van herkomst van dit kind voort, wanneer dit kind door de uitoefening van zijn recht van vrij verkeer van daar naar een andere

lidstaat verhuist?”⁷

V – Beoordeling van de prejudiciële vragen

A – Volgorde van onderzoek

27. In het navolgende onderzoek dient te worden uitgegaan van de hierboven in punt 26 weergegeven samenvattende vraag, die vanuit de in punt 25 opgeworpen juridische gezichtspunten, voor zover deze relevant zijn, moet worden belicht.

28. In de eerste plaats wenst de verwijzende rechter dus te vernemen of verzoeker in de omstandigheden van het hoofdgeding in aanmerking komt voor een Unierechtelijk verblijfsrecht in de lidstaat van oorsprong van zijn Duitse kind. In de tweede plaats vraagt de verwijzende rechter of verzoeker op grond van dit recht een Unierechtelijke aanspraak tot afgifte van een „verblijfskaart voor een familielid van een burger van de Unie” heeft.

B – *Verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, in de lidstaat van oorsprong van de naar een andere lidstaat verhuisde minderjarige burger van de Unie*

29. Een Unierechtelijk verblijfsrecht van verzoeker in Duitsland zou uit richtlijn 2004/38 of uit het primaire recht kunnen worden afgeleid.

30. In het onderstaande moet allereerst worden onderzocht of een dergelijk verblijfsrecht kan worden gebaseerd op richtlijn 2004/38.

1. Richtlijn 2004/38

31. Bij het onderzoek of een verblijfsrecht kan worden gebaseerd op richtlijn 2004/38, moet eerst worden stilgestaan bij de tekst van de bepalingen van de richtlijn, de systematiek van de richtlijn en de doelstelling van de richtlijn. Vervolgens moet worden onderzocht of de uitkomst van deze uitlegging van richtlijn 2004/38 op basis van tekst, systematiek en doelstelling verenigbaar is met de grondrechten.

a) Grammaticale uitlegging van richtlijn 2004/38

32. Een verblijfsrecht van verzoeker in Duitsland zou kunnen voortvloeien uit artikel 7, lid 2, of uit artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38. Daarnaast moet ook punt 5 van de considerans in aanmerking worden genomen.

i) Artikel 7, lid 2, juncto artikel 2, punt 2, sub d, van richtlijn 2004/38

33. Wanneer een burger van de Unie zich naar een andere lidstaat begeeft dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, verschaft artikel 7, lid 2, van richtlijn 2004/38 juncto artikel 2, punt 2, sub d, de ouders van de burger van de Unie aldaar een verblijfsrecht voor meer dan drie maanden wanneer zij ten laste zijn van de burger van de Unie. Dit verblijfsrecht komt hen echter toe met dien verstande, dat het betrokken familielid de burger van de Unie daadwerkelijk begeleidt of zich in het gastland bij hem voegt.

⁷ — Blz. 16 van de verwijzingsbeslissing.

34. Aan de bovengenoemde toepassingscriteria is in het hoofdgeding niet voldaan. Ten eerste maakt de vader, onderdaan van een derde land, nu juist geen aanspraak op een verblijfsrecht voor het gastland waarnaar zijn dochter zich heeft begeven, namelijk Oostenrijk, maar voor de lidstaat van oorsprong van zijn dochter, namelijk Duitsland. Ten tweede is artikel 7, lid 2, van richtlijn 2004/38 alleen al op basis van de bewoordingen ervan niet van toepassing, omdat de Japanse vader zich niet in het gastland bij zijn dochter heeft gevoegd of haar daarheen heeft begeleid. Tot slot is ook niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 2, punt 2, sub d, van richtlijn 2004/38, omdat *in casu* niet de vader ten laste komt van de burger van de Unie, maar de burger van de Unie ten laste komt van de vader.⁸

ii) Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38

35. Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 verleent „de ouder die daadwerkelijk de voogdij heeft”, ongeacht zijn nationaliteit, weliswaar een verblijfsrecht totdat de studie van het kind is voltooid, maar deze bepaling is, gelet op de duidelijke formulering ervan, alleen van toepassing bij vertrek van de burger van de Unie *uit zijn gastland* en niet, zoals in de onderhavige zaak, bij diens vertrek *uit zijn lidstaat van oorsprong*. Een verblijfsrecht in Duitsland voor de Japanse vader van zijn naar Oostenrijk verhuisde Duitse dochter kan derhalve ook niet uit deze bepaling worden afgeleid.

iii) Punt 5 van de considerans van richtlijn 2004/38

36. Punt 5 van de considerans van richtlijn 2004/38 is op het eerste gezicht open geformuleerd en lijkt, wanneer het op zichzelf wordt beschouwd, aan onderdanen van derde landen in de hele Unie – „op het grondgebied van de lidstaten” – een recht van verblijf te verlenen.

37. Als punt van de considerans moet deze uitspraak echter uitsluitend worden gezien als een beginsel waarmee bij de uitlegging van richtlijn 2004/38 rekening moet worden gehouden. Met dit punt kunnen niet de uitputtende opsomming van en de concrete voorwaarden voor de door de richtlijn verleende verblijfsrechten worden omzeild en worden vervangen door een niet aan voorwaarden gebonden, in de hele Unie geldend verblijfsrecht van familieleden.⁹ Anders zou bijvoorbeeld voor artikel 7, lid 2, en artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 geen eigen werkingssfeer overblijven.

38. Bijgevolg kan ook uit punt 5 van de considerans geen verblijfsrecht van een onderdaan uit een derde land in de lidstaat van oorsprong van zijn kind worden afgeleid.

iv) Tussenconclusie

39. Aan de grammaticale uitlegging van richtlijn 2004/38 kan derhalve geen verblijfsrecht van verzoeker in Duitsland worden ontleend. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet voor de uitlegging van een bepaling van de Unie niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft.¹⁰

8 — In die zin ook met betrekking tot de vergelijkbare regeling in artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 90/364/EEG het arrest Zhu en Chen (aangehaald in punt 25, punt 44).

9 — Zie in dit verband Riesenhuber, K., „Die Auslegung” in Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, 2e druk, Walter de Gruyter, Berlijn/New York, 2010, § 11, punt 37: „Rechten moeten altijd uit het normatieve deel van een handeling worden afgeleid”.

10 — Zie onder meer arresten Hof van 18 mei 2000, KVS International (C-301/98, Jurispr. blz. I-3583, punt 21); 23 november 2006, ZVK (C-300/05, Jurispr. blz. I-11169, punt 15), en 29 januari 2009, Petrosian (C-19/08, Jurispr. blz. I-495, punt 34). Zie met betrekking tot de methodische bijzonderheden bij de uitlegging van het recht van de Unie Wendehorst, C., „Methodenlehre und Privatrecht in Europa” in Jabloner, C., e.a., *Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2011, blz. 827 e.v.; zie met betrekking tot de specifieke risico's van de meertaligheid van het recht van de Unie Müller, F./Christensen, R., *Juristische Methodik, Band II, Europarecht*, 2e druk, Duncker & Humblot, Berlijn, 2007, punten 324-344.

40. Nu aan de bewoordingen van richtlijn 2004/38 geen verblijfsrecht voor de onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, in de lidstaat van oorsprong van de minderjarige burger van de Unie kan worden ontleend, moet dus worden onderzocht, of de desbetreffende richtlijn met inachtneming van haar systematiek en haar doelstellingen, ondanks haar beperkende bewoordingen, openstaat voor een „ruime uitlegging”¹¹.

b) Uitlegging van richtlijn 2004/38 op basis van haar systematiek

41. Over de vraag of systematische overwegingen ervoor pleiten om richtlijn 2004/38, ondanks haar beperkende bewoordingen, als rechtsgrondslag in te roepen voor een verblijfsrecht voor onderdanen van een derde land, die over een gezagsrecht beschikken, in de lidstaat van oorsprong van hun naar een andere lidstaat verhuisde kind, merkt de Commissie terecht op¹², dat de systematiek van richtlijn 2004/38 geen ruimte laat voor een uitbreiding van het verblijfsrecht tot situaties waarin uit derde landen afkomstige familieleden van een burger van de Unie in diens lidstaat van oorsprong willen verblijven, nadat de burger van de Unie zelf naar een andere lidstaat is verhuisd.

42. Aanknopingspunt voor het verblijfsrecht dat richtlijn 2004/38 aan een uit een derde land afkomstig familielid verleent, is volgens artikel 7, lid 2, van deze richtlijn namelijk dat het familielid de burger van de Unie naar het gastland heeft begeleid of zich daar bij hem heeft gevoegd.

43. Het is juist dat het Hof heeft benadrukt dat juist het toepassingscriterium „[het] familie[lid van een burger van de Unie dat] hem begeleid[t]” met het oog op de effectiviteit van richtlijn 2004/38 niet restrictief mag worden uitgelegd en dat het bijvoorbeeld niet uitmaakt of de betrokken personen tegelijkertijd de gastlidstaat zijn binnengekomen.¹³

44. Daar staat tegenover dat richtlijn 2004/38, zoals artikel 3, lid 1, duidelijk maakt, in beginsel alleen situaties wil regelen die betrekking hebben op verblijfsrechten van de burger van de Unie en zijn familieleden in andere lidstaten dan die waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit.¹⁴

45. Het verblijfsrecht van een uit een derde land afkomstig familielid *in de lidstaat van oorsprong van de burger van de Unie* is derhalve in beginsel geen onderwerp van richtlijn 2004/38, en zeker niet in de situatie waarin de burger van de Unie, maar niet zijn familielid, van zijn lidstaat van oorsprong naar een gastland verhuist.

46. De problematiek van een eventueel vertrek van de burger van de Unie heeft de Uniewetgever in het kader van richtlijn 2004/38 niet over het hoofd gezien, maar in artikel 12 van de richtlijn in detail geregeld. Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 kent aan een uit een derde land afkomstig familielid echter alleen een verblijfsrecht toe in het gastland, niet in de lidstaat van oorsprong van de burger van de Unie. Deze bepaling is bijvoorbeeld van toepassing wanneer een burger van de Unie, die over een gezagsrecht beschikt, in eerste instantie met zijn uit een derde land afkomstige echtgenoot en hun beider kinderen naar het gastland verhuist en vervolgens weer uit dat land vertrekt, terwijl de uit een derde land afkomstige andere ouder met de kinderen tot de afronding van hun studie in het gastland wil blijven wonen. Voor de omstandigheden waaronder het vertrek uit de lidstaat van oorsprong plaatsvindt en de vraag of de onderdaan van een derde land daar een verblijfsrecht houdt, bevat artikel 12 van richtlijn 2004/38 echter geen regeling. Het is dan ook niet in te zien waarom de keuze

11 — Zie blz. 16 van de verwijzingsbeslissing.

12 — Zie punt 45 van haar schriftelijke opmerkingen. Een nadere uiteenzetting over de eventuele relevantie van richtlijn 2004/38 na een latere terugkeer van de burger van de Unie naar zijn lidstaat van oorsprong is in het onderhavige geval niet nodig, omdat feitelijke aanknopingspunten daarvoor ontbreken. Zie in verband met een dergelijke problematiek het arrest van het Hof van 11 december 2007, Eind (C-291/05, Jurispr. blz. I-10719).

13 — Arrest Hof van 25 juli 2008, Metock e.a. (C-127/08, Jurispr. blz. I-6241, punt 93), en beschikking Hof van 19 december 2008, Sahin (C-551/07, Jurispr. blz. I-10453, punt 28).

14 — Zie over het begrip „begunstigden” in de zin van richtlijn 2004/38 de punten 25-45 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak McCarthy (C-434/09, arrest van 5 mei 2011, Jurispr. blz. I-3375).

die in artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 is gemaakt, buiten het voorwerp van die richtlijn van overeenkomstige toepassing zou moeten zijn op de lidstaat van oorsprong. Bovendien: zelfs bij overeenkomstige toepassing van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 zou hieruit in het onderhavige geval geen verblijfsrecht van de vader kunnen worden afgeleid, omdat de vader, onderdaan van een derde land, en zijn kind niet meer in dezelfde lidstaat wonen, terwijl artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 daarvan duidelijk uitgaat.

47. De systematiek van artikel 7, lid 2, en die van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2004/38 hebben uiteindelijk gemeen dat het verblijfsrecht van een onderdaan van een derde land in zoverre van dat van de burger van de Unie afhangt, dat hij de burger van de Unie om te beginnen naar een gastlidstaat – dus naar een ander land dan de lidstaat van oorsprong van de burger van de Unie – moet hebben begeleid. Dat criterium ontbreekt in het hoofdgeding, waarin de burger van de Unie alleen met haar moeder naar Oostenrijk is verhuisd.

48. Een verblijfsrecht voor onderdanen van een derde land, die over een gezagsrecht beschikken, in de lidstaat van oorsprong van de minderjarige burger van de Unie die naar een andere lidstaat is verhuisd, kan derhalve niet worden gebaseerd op de systematiek van richtlijn 2004/38.

49. Vervolgens is de vraag of richtlijn 2004/38, ondanks haar beperkende systematiek, uit teleologische overwegingen als rechtsgrondslag kan worden ingeroepen voor een verblijfsrecht voor onderdanen van een derde land, die over een gezagsrecht beschikken, in de lidstaat van oorsprong van de minderjarige burger van de Unie die naar een andere lidstaat is verhuisd.

c) Teleologische uitlegging van richtlijn 2004/38

50. Zoals hierboven uiteengezet is, beoogt richtlijn 2004/38 situaties te regelen waarin het gaat om verblijfsrechten van de burger van de Unie en zijn familieleden in andere lidstaten dan die waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit. Op basis van haar doel en strekking kan derhalve niet worden gerechtvaardigd dat de richtlijn van toepassing zou zijn op situaties zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin het alleen gaat om de lidstaat van oorsprong van de vertrokken burger van de Unie en het eventuele behoud van het verblijfsrecht van een familielid in die lidstaat.

51. De verwijzende rechter heeft daarnaast echter de vraag opgeworpen of een „ruime uitlegging” van richtlijn 2004/38 in het licht van de artikelen 7 en 24 van het Handvest in aanmerking zou kunnen komen¹⁵, volgens welke het familie- en gezinsleven moet worden geëerbiedigd en kinderen recht hebben op zorg en regelmatige persoonlijke betrekkingen met hun ouders.

d) Een met de grondrechten conforme uitlegging van richtlijn 2004/38

52. Uit een met de grondrechten conforme uitlegging zou zich een rechtsontwikkeling rond de bepalingen van richtlijn 2004/38 kunnen opdringen.

¹⁵ — De verwijzende rechter neemt een dergelijke „ruime uitlegging” weliswaar in overweging, maar acht haar eerder „onwaarschijnlijk” (zie blz. 16 van de verwijzingsbeslissing).

53. Volgens artikel 6 VEU maakt het Handvest deel uit van het primaire recht. Afgeleid Unierecht zoals de genoemde richtlijn moet, voor zover mogelijk, conform het primaire recht en de grondrechten worden uitgelegd. Wanneer een handeling voor meer dan één uitlegging vatbaar is, dient men zich te baseren op de uitlegging die niet in conflict komt met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten.¹⁶

54. Het Handvest moet overeenkomstig artikel 51 daarvan bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2004/38 worden geëerbiedigd. Buiten de werkingssfeer van een handeling is de vraag naar een met de grondrechten conforme uitlegging en toepassing ervan echter niet aan de orde. Nu in het vorenstaande is vastgesteld 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, vervalt daarmee ook de vraag naar een beoordeling van de bepalingen van de richtlijn in het licht van het Handvest.¹⁷

55. Dit geldt ook voor de bepalingen van het EVRM¹⁸, die voor uitleggingsdoeleinden, evenals het Handvest, alleen met betrekking tot de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 relevant zouden kunnen zijn. Aangezien de richtlijn alleen gaat over verblijfsrechten in andere lidstaten dan die waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit, hoeft ook op dit aspect niet dieper te worden ingegaan.

56. In dit verband doet zich echter nog de vraag voor of de grondrechten om andere redenen rechtstreeks van toepassing kunnen zijn en verzoeker, zonder de omweg van richtlijn 2004/38, een verblijfsrecht in de lidstaat van oorsprong van zijn dochter kunnen verschaffen. Daarop zal in de punten 75 en volgende van deze conclusie worden ingegaan.

57. Een rechtsontwikkeling rond richtlijn 2004/38 op basis van de grondrechten als grondslag voor een verblijfsrecht voor onderdanen van een derde land, die over een gezagsrecht beschikken, in de lidstaat van oorsprong van een naar een andere lidstaat verhuisde minderjarige burger van de Unie dringt zich evenwel niet op.

e) Tussenconclusie

58. Als tussenconclusie moet worden vastgesteld dat richtlijn 2004/38 geen basis biedt voor een verblijfsrecht voor onderdanen van een derde land, die over een gezagsrecht beschikken, in de lidstaat van oorsprong van een minderjarige burger van de Unie die naar een andere lidstaat is verhuisd.

59. Nu het afgeleide recht aan verzoeker het nagestreefde Unierechtelijke verblijfsrecht niet verleent, moet in het navolgende het primaire recht worden onderzocht.

2. Het primaire recht

60. Een recht op verblijf in de lidstaat van oorsprong van zijn naar Oostenrijk verhuisde kind zou verzoeker – in het licht van de krachtens artikel 6, leden 1 en 3, VEU gewaarborgde grondrechten – op basis van de artikelen 20 en 21 VWEU kunnen toekomen.

16 — Zie bijvoorbeeld arresten Hof van 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a. (C-305/05, Jurispr. blz. I-5305, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 19 november 2009, Sturgeon e.a. (C-402/07 en C-432/07, Jurispr. blz. I-10923, punt 48); zie over de voorrang van de grondrechten en de met de grondrechten conforme uitlegging Jarass, H. D., *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, München, 2005, § 3, punt 7.

17 — Advocaat-generaal Kokott wijst er in punt 31 van haar conclusie in de zaak McCarthy (aangehaald in voetnoot 14) op dat de genoemde richtlijn als zodanig in overeenstemming is met het primaire recht, waaraan overigens ook punt 31 van de considerans van de richtlijn refereert, en dan met name aan de grondrechten.

18 — Zie in verband met de verhouding van het EVRM tot het Handvest mijn conclusie van 22 september 2011 in de zaak N.S. e.a. (C-411/10 en C-493/10, arrest van 21 december 2011, Jurispr. blz. I-13905, punten 142-148).

a) Verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, met het oog op een doeltreffende waarborging van de belangrijkste rechten die de minderjarige burger van de Unie aan haar status van burger van de Unie ontleent

61. Als onderdaan van een derde land kan de vader, die over een gezagsrecht beschikt, zich in het onderhavige geval niet rechtstreeks beroepen op het in de artikelen 20 en 21 VWEU gewaarborgde recht van vrij verkeer of op een verblijfsrecht op grond van het burgerschap van de Unie. Volgens de rechtspraak van het Hof kan iemands status van burger van de Unie er in bepaalde gevallen echter toe leiden dat ook aan diens uit een derde land afkomstige familielid een Unierechtelijk verblijfsrecht wordt toegekend.

i) Bestaande rechtspraak van het Hof¹⁹

62. Voorwaarde voor de erkenning van een uit het primaire recht afgeleid Unierechtelijk verblijfsrecht van een uit een derde land afkomstige ouder is volgens de rechtspraak van het Hof dat het effectieve genot van de rechten die aan het burgerschap van de Unie worden ontleend, in de kern²⁰ wordt aangetast wanneer de uit een derde land afkomstige ouder een verblijfsrecht wordt ontzegd. Bijgevolg werd een verblijfsrecht van de uit een derde land afkomstige ouder – welteverstaan in dezelfde lidstaat als die waarin de minderjarige verbleef – bijvoorbeeld erkend in de situatie waarin een „weiger[ing] [van een verblijfsrecht] ertoe [zou hebben geleid] dat de[ze] kinderen [...] zullen worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten”²¹, of omdat een dergelijke weigering „het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect [zou] ontnemen”²².

63. Onlangs heeft het Hof in het arrest Dereci e.a.²³ onder verwijzing naar het criterium van de „belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten” opnieuw benadrukt dat een afgeleid verblijfsrecht van een onderdaan van een derde land in beginsel slechts bij uitzondering kan worden erkend, en daarover opgemerkt 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 de leden van zijn familie, die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, bij hem op het grondgebied van de Unie verblijven, [...] op zich niet [volstaat] om aan te nemen dat de burger van de Unie verplicht zal worden om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet wordt toegekend.” Tegelijkertijd heeft het Hof uitdrukkelijk de vraag opengelaten „of op andere gronden, onder meer het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven, een verblijfsrecht niet geweigerd mag worden. Op deze vraag moet echter worden ingegaan in het kader van de bepalingen inzake de bescherming van de grondrechten en ervan afhankelijk of zij in elk van de gevallen toepassing vinden.”

ii) Toepassing van de in de rechtspraak geformuleerde beginselen op de feiten van het hoofdgeding

64. Dat de belangrijkste rechten die de minderjarige burger van de Unie aan haar status van burger van de Unie ontleent, in het onderhavige geval worden aangetast wanneer aan haar vader, onderdaan van een derde land, geen Unierechtelijk verblijfsrecht in Duitsland zou worden toegekend, kan op het eerste gezicht moeilijk worden volgehouden.

19 — Zie naast de reeds aangehaalde arresten Dereci e.a. (aangehaald in voetnoot 2), Ruiz Zambrano (aangehaald in voetnoot 3) en Zhu en Chen (aangehaald in punt 25) bijvoorbeeld arrest Hof van 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punt 46) over het vrij verrichten van diensten „tegen de achtergrond van het fundamentele recht op eerbiediging van het gezinsleven”, en het arrest McCarthy (aangehaald in voetnoot 14, punt 57).

20 — In die zin het arrest Ruiz Zambrano (aangehaald in voetnoot 3, punt 42), volgens welk nationale maatregelen „burgers van de Unie [niet] het effectieve genot [...] van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten [mogen ontzeggen]”.

21 — Arrest Ruiz Zambrano (aangehaald in voetnoot 3, punt 44).

22 — Arrest Zhu en Chen (aangehaald in punt 25, punt 45).

23 — Arrest Dereci e.a. (aangehaald in voetnoot 2, punten 65-69).

65. Daartegen pleit al het feit dat de burger van de Unie feitelijk al met haar moeder naar Oostenrijk is verhuisd, hoewel aan haar vader in Duitsland nog geen Unierechtelijk verblijfsrecht is verleend, en zij derhalve haar recht van vrij verkeer ten volle heeft benut. Aangezien het nuttig effect van de Unierechtelijke status van de burger van de Unie dus kennelijk in het concrete geval niet wezenlijk wordt bedreigd, moet volgens de in de rechtspraak geformuleerde beginselen een afgeleid Unierechtelijk verblijfsrecht van haar vader, dat gebaseerd is op het Unieburgerschap van zijn dochter en het recht van vrij verkeer, in eerste instantie worden verworpen.

66. Bedacht moet echter worden dat de uit een derde land afkomstige vader, die een gezagsrecht heeft, wellicht samen met de moeder het recht bezit om over de verblijfplaats van zijn kind te beslissen en bijgevolg dus (mede) kan bepalen in welke plaats het kind verblijft. Indien hij zijn verblijfsvergunning in Duitsland zou dreigen te verliezen omdat deze niet zal worden verlengd of hem een Unierechtelijk verblijfsrecht zou worden ontzegd, is het denkbaar dat de moeder en hij zouden kunnen overwegen om de woonplaats van het kind weer naar Duitsland te verleggen.

67. Deze – nog hypothetische – situatie kan op dit moment echter bezwaarlijk als een concrete inbreuk op de belangrijkste Unierechtelijke rechten van de dochter worden aangemerkt.

iii) Tussenconclusie

68. Gelet op het voorgaande kan aan de tot nu toe ontwikkelde rechtspraak van het Hof in een geval als dat aan de orde in het hoofdgeding geen verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land, die over een gezagsrecht beschikt, in de lidstaat van oorsprong van de minderjarige burger van de Unie worden ontleend.

69. In de rechtspraak is daarentegen nog niet gedetailleerd ingegaan op de vraag of in de omstandigheden van het hoofdgeding een verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land in de lidstaat van oorsprong van de burger van de Unie met het oog op een doeltreffende waarborging van de grondrechten aan het primaire recht kan worden ontleend.

b) Verblijfsrecht van een onderdaan van een derde land met het oog op een doeltreffende waarborging van de grondrechten

70. In het arrest Dereci e.a. heeft het Hof deze mogelijkheid overwogen en uiteengezet: „Indien de verwijzende rechter [...] van oordeel is dat, gelet op de omstandigheden [...], de situatie van verzoekers in de hoofdgedingen onder het recht van de Unie valt, zal hij moeten onderzoeken of de ontzegging van een verblijfsrecht aan deze laatste, het recht op eerbiediging van hun privéleven en familie- en gezinsleven in de zin van artikel 7 van het Handvest aantast. Wanneer hij daarentegen van oordeel is dat genoemde situatie niet binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie valt, zal hij dit onderzoek in het licht van artikel 8, lid 1, van het EVRM moeten verrichten.”²⁴

71. Nu had de zaak Dereci weliswaar betrekking op een gemeenschappelijk verblijf van een burger van de Unie en een onderdaan van een derde land in één en dezelfde lidstaat, maar de bovenstaande uiteenzetting in het arrest Dereci e.a. is zo algemeen geformuleerd, dat die ook lijkt te kunnen worden toegepast op de onderhavige situatie, waarin het om twee verschillende lidstaten gaat.

72. Op deze problematiek zal hieronder worden ingegaan, waarbij allereerst moet worden onderzocht of in het onderhavige geval het Handvest wel kan worden ingeroepen. Daarvoor is volgens artikel 51, lid 1, van het Handvest een verband met de tenuitvoerlegging van het recht van de Unie noodzakelijk.

²⁴ — Arrest Dereci e.a. (aangehaald in voetnoot 2, punt 72).

73. Een verband met zuiver nationale bepalingen zonder relatie met het Unierecht zou dus niet volstaan.²⁵ Van een voldoende nauwe band met de tenuitvoerlegging van het Unierecht moet al worden uitgegaan wanneer de weigering van de Unierechtelijke verblijfsvergunning weliswaar geen inbreuk op de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten oplevert, maar een dergelijke weigering wel een minder ernstige beperking van het recht van vrij verkeer van de minderjarige burger van de Unie zou inhouden.

74. Dat het Handvest in de context van beperkingen van de fundamentele vrijheden kan worden toegepast, wordt in de rechtsleer in twijfel getrokken onder verwijzing naar de formulering „ten uitvoer brengen [van het recht van de Unie]” in artikel 51 van het Handvest.²⁶ Deze twijfels betreffen ook het in artikel 21 VWEU gewaarborgde recht van vrij verkeer.²⁷ De verwijzing in de toelichtingen bij het Handvest²⁸ naar de rechtspraak van het Hof, waarin de toepasselijkheid van de grondrechten op maatregelen die de fundamentele vrijheden beperken, wordt erkend²⁹, pleit er echter voor dat de in het Handvest gewaarborgde grondrechten ook van toepassing zijn op beperkingen van het recht van vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU.

i) Beperking van het recht van vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU als aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van het Handvest

75. Of, en zo ja, in welke mate er sprake is van een beperking van het recht van vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU, hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het concrete geval. Het staat aan de verwijzende rechter om die te beoordelen.

76. Het is echter niet ondenkbaar dat het feit dat de verblijfsrechtelijke situatie van de vader in Duitsland in de toekomst mogelijk niet is gewaarborgd, het potentieel in zich bergt dat zijn minderjarige dochter als burger van de Unie in de verdere uitoefening van haar recht van vrij verkeer wordt belemmerd³⁰, en derhalve een beperking van dit recht van vrij verkeer zou kunnen inhouden, ook al is het geen inbreuk op de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten in de zin van de bestaande rechtspraak.³¹

77. Daarvoor zouden wellicht nadere feitelijke vaststellingen van de verwijzende rechter nodig zijn. Uit het dossier blijkt namelijk niet welke uitwerking de mogelijk onzekere verblijfsrechtelijke situatie van verzoeker op de verdere levensloop van moeder en kind zal hebben.

78. Het lijkt evenwel plausibel dat de burger van de Unie – ervan uitgaande dat de verhouding tussen vader en dochter, zoals uit het dossier blijkt, niet verstoord is – er eerder voor zal terugdeinzen van haar recht van vrij verkeer gebruik te maken, naarmate de kans groter is dat de uit een derde land afkomstige vader als gevolg van een mogelijke weigering van een Unierechtelijk verblijfsrecht in

25 — Daarmee lijkt de verwijzende rechter in paragraaf B.1 van zijn prejudiciële vragen rekening te houden.

26 — Zie over de stand van de discussie Borowsky, M. in Meyer, J., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3e druk, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, artikel 51, punten 29-31, Ehlers, D. in Ehlers, D., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3e druk, De Gruyter, Berlin, 2009, § 14, punt 53, en Jarass (aangehaald in voetnoot 16), § 4, punt 15.

27 — Zie over het rechtskarakter daarvan het arrest Zhu en Chen (aangehaald in punt 25, punten 39-41) en arrest Hof van 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, Jurispr. blz. I-11613, punt 24), alsook Seyr, S./Rümke, H.-C., „Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen”, *Europarecht*, 2005, 667, 672 e.v., Calliess, C., „Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik”, *Europarecht*, 2007, blz. 7, 23 e.v., en onder verwijzing naar punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/38 Graf Vitzthum, N., „Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger”, *Europarecht*, 2011, blz. 550, 555 en met name voetnoot 29.

28 — Zie in dit verband de toelichting bij artikel 51 van het Handvest, na te lezen in PB 2007, C 303, blz. 32.

29 — Zie bijvoorbeeld arresten Hof van 25 maart 2004, Karner (C-71/02, Jurispr. blz. I-3025, punten 48 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 26 juni 1997, Familiapress (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 24), en arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 19, punt 40).

30 — Zie over de ruime opvatting van het begrip „beperking” bijvoorbeeld arresten Hof van 26 oktober 2006, Tas-Hagen en Tas (C-192/05, Jurispr. blz. I-10451, punten 30 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 18 juli 2006, De Cuyper, (C-406/04, Jurispr. blz. I-6947, punt 39). Zie in dit verband ook punt 69 van de conclusie van advocaat-generaal Bot van 27 maart 2012 in de zaak Rahman e.a. (C-83/11, aanhangig voor het Hof).

31 — Zie in dit verband de schriftelijke opmerkingen van de Commissie, blz. 21 en 22.

Duitsland op grote afstand van haar moet gaan wonen. Daarbij moet in het kader van een integrale beschouwing echter ook worden meegewogen dat de onderdaan van een derde land wellicht volgens nationaal recht – en daarop wijst de Duitse regering³² – in aanmerking komt voor continuering van zijn nationale verblijfstitel.

79. Zou echter *in casu* van een dergelijke afschrikkende werking van een weigering van het Unierechtelijke verblijfsrecht en bijgevolg van een beperking van het recht van vrij verkeer moeten worden uitgegaan, dan zouden de grondrechten van toepassing zijn.

80. In dit kader moeten de grondrechten naar behoren in acht worden genomen en moet inzonderheid worden onderzocht of daaruit uiteindelijk toch een aanspraak op erkenning van een Unierechtelijk verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land voortvloeit.

ii) Mogelijkheid van een uit de grondrechten voortvloeiend verblijfsrecht?

81. Uit bovenstaande overwegingen volgt dat het Handvest in de zin van artikel 51, lid 1, eerste volzin, ervan van toepassing is indien de weigering van het verblijfsrecht het recht van vrij verkeer van de dochter ingevolge artikel 21 VWEU aantast, en daarmee ook de tenuitvoerlegging van het recht van de Unie in het geding is.

82. Relevante grondrechten zijn in de onderhavige zaak met name het recht van het kind regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden (artikel 24, lid 3, van het Handvest) en de eerbiediging van het familie- en gezinsleven (artikel 7 van het Handvest).

83. Of de weigering van een verblijfsrecht echter een inbreuk op deze grondrechten is, is nog maar de vraag en hangt opnieuw af van de door de verwijzende rechter te beoordelen omstandigheden van het geval.³³

84. Zou de vader het verblijfsrecht in Duitsland worden geweigerd, dan hoeft dit namelijk niet automatisch gevolgen te hebben voor diens mogelijkheden regelmatig contact met zijn in Oostenrijk wonende kind te onderhouden. Artikel 24, lid 3, van het Handvest zou juist kunnen waarborgen dat de vader, nadat zijn kind gebruik heeft gemaakt van het recht van vrij verkeer, ook in Oostenrijk contact met haar kan onderhouden.

85. Indien echter in het concrete geval zou blijken dat de weigering van het verblijfsrecht het onmogelijk maakt regelmatig persoonlijke betrekkingen te onderhouden, zou dat een inbreuk op een grondrecht kunnen zijn, waarbij vanuit evenredigheidsoogpunt zou moeten worden beoordeeld of een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is. In dit verband zou onder meer in aanmerking moeten worden genomen of de uit een derde land afkomstige vader van het kind ook feitelijk zijn gezagsrecht uitoefent en zijn ouderlijke plichten probeert na te komen.

86. In dit geval zou uit artikel 24, lid 3, juncto artikel 7 van het Handvest mogelijkserwijs een op de grondrechten gebaseerd verblijfsrecht van de onderdaan van een derde land in de zin van het arrest *Dereci* e.a. kunnen worden afgeleid.³⁴

32 — Zie in dit verband de schriftelijke opmerkingen van de Bondsrepubliek Duitsland, punten 95 e.v.

33 — In dezelfde zin punt 78 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak *Rahman* e.a. (aangehaald in voetnoot 30), waarin echter een verblijf van familieleden in dezelfde lidstaat in het geding is.

34 — Zie over de verblijfsrechtelijke relevantie van het primaire recht in combinatie met de grond- en mensenrechten ook punten 74 en 79 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak *Rahman* e.a. (aangehaald in voetnoot 30).

87. Daarnaast moet erop worden gewezen dat tot een analoge beoordeling kan worden gekomen op basis van artikel 8 EVRM, dat ook van toepassing is op de relatie tussen ouders en kind wanneer ouders en kind niet meer permanent in gezinsverband samenleven.³⁵ Volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest hebben de rechten van het Handvest die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, dezelfde inhoud en reikwijdte als die welke er door dat verdrag aan worden toegekend. Bovendien wordt in artikel 52, lid 3, EVRM uitdrukkelijk onderstreept dat die bepaling niet verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.³⁶

c) Tussenconclusie

88. Als tussenconclusie moet derhalve worden vastgesteld dat uit de artikelen 20 en 21 VWEU – in het licht van de krachtens artikel 6, leden 1 en 3, VEU gegarandeerde grondrechten, met name die welke in de artikelen 7 en 24 van het Handvest worden gewaarborgd – voor een ouder, die onderdaan van een derde land is en over een gezagsrecht beschikt, met het oog op het instandhouden van regelmatige persoonlijke betrekkingen en directe ouderlijke contacten met zijn kind, dat een burger van de Unie is, een verblijfsrecht in de lidstaat van herkomst van dit kind kan voortvloeien, wanneer dit kind onder uitoefening van zijn recht van vrij verkeer van daaruit naar een andere lidstaat is verhuisd. Voorwaarde voor dit verblijfsrecht is dat een weigering ervan een beperkende werking uitoefent op het recht van vrij verkeer van het kind en dat deze weigering in het licht van de voornoemde grondrechten als een onevenredige inbreuk op de grondrechten moet worden beschouwd. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

C – Unierechtelijke aanspraak tot afgifte van een „verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie”

89. Los van de vraag of de onderdaan van een derde land met het oog op de te eerbiedigen grondrechten uiteindelijk in aanmerking komt voor een op het primaire recht gebaseerd recht van verblijf in Duitsland, kan hij volgens het Unierecht geen „verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” eisen.

90. De voorwaarden voor de afgifte van deze kaart worden in artikel 10 van richtlijn 2004/38 uitputtend opgesomd en zijn specifiek toegesneden op het recht van verblijf dat richtlijn 2004/38 aan onderdanen van derde landen toekent. Vereist is met name de overlegging van een verklaring van inschrijving van de burger van de Unie die de onderdaan van een derde land begeleidt of bij wie hij zich heeft gevoegd. Iets dergelijks zal verzoeker in het hoofdgeding niet kunnen overleggen omdat hij zijn dochter nu juist niet naar Oostenrijk is gevolgd.

91. Evenals bij het materiële recht van verblijf is ook hier een toepassing van de bepaling buiten de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 uitgesloten, zodat er Unierechtelijk geen aanspraak op afgifte van de genoemde verblijfskaart bestaat. Het staat aan de verwijzende rechter om daarnaast eventueel te beoordelen of het nationale recht voorziet in de afgifte van de genoemde kaart voor alle gevallen van een Unierechtelijk verblijfsrecht, dus ook voor gevallen die buiten de werkingssfeer van richtlijn 2004/38 vallen.

35 — Zie in dit verband Karpenstein, U./Mayer, F. C., *EMRK*, C.H. Beck, München, 2012, artikel 8, punten 41-53 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4e druk, C.H. Beck, München, 2009, § 22, punten 16-19, alsmede algemeen over de reikwijdte van het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht EHRM, arresten Ahmut/Nederland van 28 november 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, 2030, § 71; Gül/Zwitserland van 19 februari 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, 174, § 38, en Sen/Nederland van 21 december 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-I, § 31.

36 — Zie mijn conclusie in de zaak N.S. e.a. (aangehaald in voetnoot 18, punten 143 e.v.).

VI – Conclusie

92. Derhalve stel ik het Hof voor, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, verschaft een ouder, die onderdaan van een derde land is en over een gezagsrecht beschikt, met het oog op het instandhouden van regelmatige persoonlijke betrekkingen en directe ouderlijke contacten met zijn kind, dat een burger van de Unie is, geen met een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie te staven verblijfsrecht in de lidstaat van herkomst van dit kind, wanneer dit kind onder uitoefening van zijn recht van vrij verkeer van daaruit naar een andere lidstaat verhuist.

Uit de artikelen 20 en 21 VWEU – in het licht van de krachtens artikel 6, leden 1 en 3, VEU gegarandeerde grondrechten, met name die welke in de artikelen 7 en 24 van het Handvest zijn gewaarborgd – kan voor een ouder, die onderdaan van een derde land is en over een gezagsrecht beschikt, met het oog op het instandhouden van regelmatige persoonlijke betrekkingen en directe ouderlijke contacten met zijn kind, dat een burger van de Unie is, een verblijfsrecht in de lidstaat van herkomst van dit kind voortvloeiën, wanneer dit kind onder uitoefening van zijn recht van vrij verkeer van daaruit naar een andere lidstaat is verhuisd. Voorwaarde voor dit verblijfsrecht is dat een weigering ervan een beperkende werking uitoefent op het recht van vrij verkeer van het kind en dat deze weigering in het licht van de voornoemde grondrechten als een onevenredige inbreuk op de grondrechten moet worden beschouwd. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

Er bestaat geen Unierechtelijke aanspraak op afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie ter staving van dit verblijfsrecht.”