

tuatie doet zich voor als een publicatie (ook *niet* voldoet aan de eisen van de wetgeving van het land van oorsprong en daar in werkelijkheid dus *niet* rechtmatig is. Als in dat land daartegen niet is opgetreden, omdat de overheid nu eenmaal niet alle websites kan controleren en er ook geen particuliere partij is die een verbodsactie begint, moeten de autoriteiten van de lidstaat van ontvangst lijdzaam toezien. Zij kunnen niet eenzijdig besluiten dat een 'dienst' niet aan de wetgeving van het land van oorsprong voldoet. Een internetpublicatie die niet voldoet aan de geldende bepalingen van de lidstaat van oorsprong, geniet in andere lidstaten dus toch van een presumptie van rechtmatigheid. Dit is de consequentie van een systeem van wederzijdse erkenning door 'coördinatie' zonder reële harmonisatie. Om deze consequentie te vermijden kan de gedupeerde partij nog het best op grond van het recht van de lidstaat van oorsprong bij het gerecht van de woonplaats van de uitgever een verbodsactie starten. En dat is nu juist het gerecht waar hij, blijkens dit arrest, niet heen hoeft te gaan, als het centrum van zijn belangen ergens anders ligt. Een paradoxaal resultaat dus.

Een andere paradox heeft te maken met de vordering van X tegen eDate. Een stakingsbevel is (kennelijk) naar Duits recht niet mogelijk, maar wel naar Oostenrijks recht. X leek er belang bij te hebben dat de door hem aangezochte Duitse rechter het Oostenrijkse recht toepast. Het is echter de vraag of ook *remedies* voor onrechtmatig handelen behoren tot het door de richtlijn 'gecoördineerde gebied'.¹⁴ Weliswaar is dat gebied bijzonder ruim en algemeen omschreven,¹⁵ maar in de kern gaat het om eisen aan de aanbieder of aan de inhoud van de dienst en om eisen 'inzake aansprakelijkheid van de dienstverlener'. Bij dat laatste gaat het mijns inziens om de vraag of een aanbieder aansprakelijk is, en niet om mogelijke remedies en sancties *als* hij aansprakelijk is. Remedies hebben als zodanig niets uit te staan met de voorwaarden waaronder een bepaalde dienst kan worden aangeboden. Mij dunk, dat de aangezochte rechter aan de hand van de *lex fori* (zijn eigen recht) zal moeten beslissen of hij een gebod kan geven, bijvoorbeeld in de vorm van een stakingsbevel of een bevel tot het publiceren van een rectificatie. Overigens kan de combinatie van de antwoorden op de vraag over rechtsmacht en op de vraag over het toepasselijk recht al evenzeer tot een paradoxaal resultaat leiden. Vaker dan voorheen zal de rechter van de woonplaats van de eiser bevoegd zijn van een

vordering wegens een onrechtmatige publicatie op internet kennis te nemen, maar die rechter zal vaker dan voorheen niet zijn eigen recht kunnen toepassen. Daarbij past wel weer de kanttekening dat de verschillen tussen nationale rechtsstelsels kleiner worden als gevolg van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de balans tussen de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM). In mediazaken als hier aan de orde gaat het in de kern steeds om die balans.

Mr. B.J. Drijber¹⁶

Voetnoten

- 1 Zaak C-68/93 (*Shevill*), *Jur.* 1995, p. I-415.
- 2 Arrest *Shevill*, punt 29.
- 3 De rechter van de vestigingsplaats van de gedaagde is bevoegd als *forum rei* (artikel 2 EEX-Vo.) én als rechter van het *Handlungsort* en dus tevens als *forum loci delicti* (artikel 5 sub 3 EEX-Vo.).
- 4 Richtlijn 2000/31 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 2000, L 178, p. 1.
- 5 Dat laatste zal doorgaans het geval zijn in landen 'waar de gelaedeerde bekendheid geniet'. Deze precisering uit *Shevill* (punt 29) komt in dit arrest niet terug.
- 6 Artikel 3 lid 1 van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures. Zie HvJ EG 2 mei 2006, zaak C-341/04 (*Eurofood*), *Jur.* 2006, p. I-3813.
- 7 Deze door het Hof gebruikte meervoudsvorm van content strookt niet erg met het courante spraakgebruik, maar duidelijk is dat daar teksten, foto's, filmpjes en ander beeldmateriaal onder kunnen vallen.
- 8 De term 'persoonlijkheidsrechten' is vooral bekend uit het auteursrecht, als synoniem voor morele rechten.
- 9 Zie over die vraag H.W. Wefers Bettink, 'De plaats van het schadebrengende feit nader bepaald: het arrest eDate Advertising GmbH en Martinez', *NTER* 2012, p. 49-53.
- 10 Zoals onder andere is uitgemaakt in kansspelzaken. Zie HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (*Lotto/Ladbrokes*) en HR 24 februari 2012, *LJN* BT6689.
- 11 M. Wools merkt in zijn bespreking van het arrest op dat het zelfs logisch zou zijn als het forum kan oordelen over schade waar ter wereld ook te lokaliseren. Zie Martijn F.G. Wools, 'Belediging vanuit het buitenland via internet: bij welke rechter(s) kunt u terecht?', *Mediaforum* 2012, p. 74-79.
- 12 B.J. Drijber, 'De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001-4, p. 122-129.
- 13 De Britse tabloids hebben destijds in Brussel hard gelobbyd voor het *country of origin principle*, met het onbewezen betoog dat zij elektronische kranten niet zouden kunnen financieren als zij het risico zouden lopen overal in de EU te worden aangeklaagd.

14 Zie over deze vraag ook H.W. Wefers Bettink, 'De plaats van het schadebrengende feit nader bepaald: het arrest eDate Advertising GmbH en Martinez', *NTER* 2012, p. 49-55.

15 Artikel 2 sub h-i van deze richtlijn.

16 Mr. B.J. Drijber is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn te Den Haag.

84 Zaak C-256/11, Murat Dereci e.a./Bundesministerium für Inneres

Arrest van 15 november 2011 (Grote kamer); standpuntbepaling A-G P. Mengozzi van 29 september 2011

Burgerschap van de Unie – Verblijfsrecht van staatsburgers van derde landen die familielid zijn van burgers van de Unie – Weigering op grond dat recht op vrij verkeer van burger niet is uitgeoefend – Mogelijk verschil in behandeling ten opzichte van burgers van de Unie die recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend – Associatieovereenkomst EEG-Turkije – Artikel 13 van besluit nr. 1/80 van Associatierraad – Artikel 41 van aanvullend protocol – 'standstill'-clausule

Inleiding

In de zaak *Ruiz Zambrano* van maart 2011 zette het Hof een nieuwe koers uit in zijn rechtspraak over het burgerschap van de Europese Unie.¹ Die zaak was spraakmakend omdat het Hof oordeelde dat artikel 20 VWEU, dat een burgerschap van de Unie instelt, kon worden ingeroepen in een situatie die ogenschijnlijk een interne aangelegenheid van België betrof. De Colombiaanse ouder(s) van twee kinderen met de Belgische nationaliteit had(den) op grond van artikel 20 VWEU een afgeleid verblijfsrecht, zodat de kinderen als Unieburgers gebruik konden maken van hun belangrijkste rechten. Ook de summiere argumentatie van het Hof in deze zaak, die in schril contrast staat tot de zeer uitgebreide conclusie van advocaat-general Sharpston, was opvallend. Tal van vragen met betrekking tot de reikwijdte van artikel 20 VWEU bleven daardoor onbeantwoord. Om die reden heeft het Oostenrijkse *Verwaltungsgerichtshof* acht vragen gesteld over artikel 20 VWEU en de interpretatie van het arrest *Ruiz Zambrano*.

Feiten en prejudiciële vragen

Het gaat in deze zaak om vijf zaken die bij de Oostenrijkse rechter aanhangig zijn gemaakt. In die zaken is een verblijfsdocument geweigerd – al dan niet met een bevel tot uitzetting – aan een onderdaan van een

derde land, die met een Oostenrijkse onderdaan in Oostenrijk verblijft of wil verblijven. De Turkse Murat Dereci heeft met zijn Oostenrijkse echtgenote drie kinderen gekregen en heeft de Oostenrijkse autoriteiten om een verblijfsvergunning verzocht om met zijn gezin in Oostenrijk te verblijven. Volgens de Oostenrijkse wetgeving moet een dergelijke aanvraag worden afgewacht in het land van herkomst en derhalve is aan Dereci een dergelijke verblijfsvergunning geweigerd.

In de tweede zaak gaat het om een onderdaan van Sri Lanka die met een Oostenrijkse onderdaan is getrouwd. Nadat zij op een visum Oostenrijk is binnengekomen heeft ze een verblijfsvergunning aangevraagd, die geweigerd is omdat ze die aanvraag vanuit Sri Lanka had moeten indienen. De derde zaak betreft een onderdaan uit Kosovo die sinds zijn tweede levensjaar in Oostenrijk woont met zijn ouders. Ook zijn aanvraag voor een verlening van zijn verblijfsvergunning is afgewezen, omdat hij een aantal documenten niet had overlegd en omdat hij een tweede aanvraag in het buitenland had moeten afwachten. Hij verblijft bij zijn ouders in Oostenrijk, die in zijn onderhoud voorzien. De vierde zaak betreft een Nigeriaanse onderdaan die illegaal Oostenrijk is binnengekomen en daar is getrouwd met een Oostenrijkse onderdaan. Zijn aanvraag voor een verblijfsvergunning is eveneens afgewezen omdat hij in Oostenrijk verbleef in afwachting van de beslissing. Bovendien stellen de Oostenrijkse autoriteiten dat hij een gevaar vormt voor de openbare orde, omdat hij inbreuk had gemaakt op de asielregels. Ten slotte, in de vijfde zaak, gaat het om een derdelander die in het land van herkomst een aanvraag voor gezinshereniging met haar vader heeft ingediend, die al 35 jaar in Oostenrijk woont.

De Oostenrijkse rechter vraagt zich af hoe deze zaken moeten worden beoordeeld in het licht van de uitspraak in *Ruiz Zambrano*. In het arrest *Ruiz Zambrano* bepaalde het Hof dat artikel 20 VWEU een afgeleid verblijfsrecht in België toekende aan – in ieder geval – de vader met de Colombiaanse nationaliteit van twee kinderen, die de Belgische nationaliteit hebben. Ondanks het feit dat de kinderen nooit hun vrijverkeerrechten als Unieburgers hadden uitgeoefend, oordeelde het Hof dat op grond van artikel 20 VWEU niet het effectieve genot van de belangrijkste rechten die aan het Unieburgerschap zijn ontleend mag worden aangetast. In het geval van de kinderen van Ruiz

verblijfsrecht van hun ouder(s), van wie zij afhankelijk waren, tot gevolg hebben dat zij hun ouder(s) naar Colombia zouden volgen. Het zou daarmee feitelijk onmogelijk zou zijn hun belangrijkste Unieburgerschapsrechten uit te oefenen, aangezien zij niet meer op het grondgebied van de EU zouden kunnen verblijven.

Met de uitspraak van het Hof in *McCarthy* twee maanden later bleek in ieder geval dat de *Ruiz Zambrano*-zaak niet van toepassing was op een EU-burger die haar echtgenoot uit Jamaica wilde laten overkomen, terwijl zij nooit gebruik had gemaakt van haar recht om vrij te reizen en te verblijven. In de Oostenrijkse zaken worden dus nu opnieuw verschillende situaties aan het Hof voorgelegd om de reikwijdte van de uitspraak in *Ruiz Zambrano* nader te kunnen bepalen.

In de eerste plaats wil de verwijzende rechter weten of artikel 20 VWEU zich verzet tegen de weigering om een derdelander toe te laten op het grondgebied van een lidstaat waar zijn minderjarige kinderen en zijn echtgenote wonen en waarvan zij de nationaliteit hebben, ook als de kinderen en de echtgenote niet afhankelijk zijn van de derdelander voor hun levensonderhoud. Daarnaast wil de Oostenrijkse rechter weten of deze uitleg van artikel 20 VWEU ook van toepassing is wanneer een derdelander verblijf verzoekt om bij zijn Oostenrijkse echtgenoot c.q. moeder en vader te verblijven, ook als die derdelander financieel afhankelijk is van de betreffende Unieburger. Vervolgens vraagt de nationale rechter zich af onder welke voorwaarden een derdelander een dergelijk afgeleid recht van verblijf mag worden ontzegd. Ten slotte, vraagt de nationale rechter of het Turks associatiebesluit (nr. 1/80) zich verzet tegen de toepassing van strengere regels met betrekking tot Turkse onderdanen, dan die golden bij binnenkomst van de betreffende Turkse onderdaan. Die laatste vraag betreft de zaak van Murat Dereci die als enige van de derdelanders de Turkse nationaliteit heeft.

Standpuntbepaling door de advocaat-generaal

De verwijzende rechter heeft om een spoedprocedure gevraagd, nu tegen een aantal van de betrokken derdelanders een uitzettingsbevel loopt. Dat verzoek is door de president van het Hof ingewilligd. Om die reden is in deze zaak geen conclusie genomen door de advocaat-generaal, maar is wel een schriftelijke standpuntbepaling ingediend, zodat zijn standpunt gehoord is

(volgens artikel 104bis van het reglement voor procesvoering van het Hof). Acht lidstaten en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

De advocaat-generaal stelt vast dat de verblijfsrichtlijn 2004/38 niet van toepassing is op de situatie van de verzoekers, omdat geen van hen gebruik heeft gemaakt van het recht om vrij te reizen en te verblijven (artikel 21 VWEU). Bovendien is hij van mening dat de *Ruiz Zambrano*-uitspraak niet van toepassing is op de vijf situaties, aangezien geen van de betrokken Unieburgers het gevaar loopt dat het effectieve genot van zijn rechten als Unieburger wordt ontzegd of dat het vrije verkeer van de betrokken Unieburgers in gevaar komt. In alle gezinnen kunnen de Unieburgers verblijven op het grondgebied van de Europese Unie, omdat zij niet afhankelijk zijn van hun verblijf van de derdelander. De advocaat-generaal wijst er daarbij op dat het Hof het recht op familie- en gezinsleven zoals neergelegd in het EVRM en het Handvest niet tot die belangrijkste Unieburgerschapsrechten rekent. De advocaat-generaal refereert daarbij aan de redenering van het Hof in de zaak *McCarthy*, waarin hij oordeelde dat het feit dat de echtgenoot van de Britse Shirley McCarthy geen verblijfsrecht in het Verenigd Koninkrijk kreeg, haar als Unieburger niet het effectieve genot ontzegde van haar belangrijkste burgerschapsrechten. De advocaat-generaal stelt echter vast dat een verblijfsweigering wellicht een inbreuk maakt op het familieleven van de betrokken Unieburgers. Hij is echter van mening dat:

‘(...) een dergelijke schending zou voortvloeien uit verplichtingen die de Republiek Oostenrijk op grond van het EVRM en niet als lidstaat van de Unie heeft. Het onderzoek ervan behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties en in voorkomend geval van het Europees Hof voor de rechten van de mens.’²

Desalniettemin is de advocaat-generaal van oordeel dat bij een te strikte uitleg van de interpretatie van artikel 20 lid 1 VWEU, problematische en paradoxale situaties kunnen ontstaan. Zo zouden de Unieburgers in de vijf aanhangige zaken verplicht zijn om hun recht op vrij verkeer uit te oefenen om vervolgens een beroep te kunnen doen op artikel 21 lid 1 VWEU en het recht op familieleven. Hij sluit evenmin uit dat de personele reikwijdte van artikel 20 VWEU breder is dan alleen minderjarige,

afhankelijke kinderen. Het Hof zal in toekomstige rechtspraak moeten verfijnen op welke situaties artikel 20 VWEU wel en op welke het niet van toepassing is. Voor de onderhavige zaak adviseert de A-G het Hof om de nationale rechter te antwoorden dat:

‘(...) artikel 20 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op een burger van de Unie die de huwelijkspartner, de ouder of het minderjarige kind van een onderdaan van een derde land is, wanneer die burger van de Unie nog nooit zijn recht om zich vrij te verplaatsen op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend en altijd heeft verbleven in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, voor zover op die burger van de Unie geen nationale maatregelen worden toegepast waardoor hem het effectieve genot van de belangrijkste aan zijn status van burger van de Unie ontleende rechten wordt ontzegd of hij wordt belemmerd in de uitoefening van zijn recht vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten.’

De advocaat-generaal gaat vervolgens in op de laatste vraag van de verwijzende rechter. De essentie van die vraag is of aan Dereci de voorwaarden uit de Oostenrijkse verblijfs- en vestigingswet mogen worden opgelegd, omdat die regels strenger zijn dan de regels die golden ten tijde van zijn eerste binnenkomst. De ‘standstill’-clausules uit het associatieakkoord en het aanvullend protocol bepalen dat er geen nieuwe beperkingen aan Turkse werknemers of zelfstandigen mogen worden opgelegd wanneer zij legaal in een lidstaat verblijven. Paradoxaal genoeg is Dereci als illegaal verblijvende derdelander gekwalificeerd, omdat hij niet voldeed aan de eisen van de nieuwe wetgeving die pas na zijn aanvraag werd ingevoerd. Dat wil zeggen dat Dereci tot de invoering van de wetgeving in 2006 legaal in Oostenrijk verbleef en vanaf 2006 illegaal was, omdat hij niet voldeed aan de strengere voorwaarden uit de nieuwe wetgeving. De advocaat-generaal is van mening dat aan Dereci die illegaaliteit niet kan worden tegengeworpen, omdat die kwalificatie het directe gevolg is van de nieuwe restrictievere wetgeving.

Het arrest van het Hof

Het Hof stelt in de eerste plaats vast dat de verblijfsrichtlijn en de gezinsherenigingsrichtlijn beide niet van toepassing zijn op de aanhangige zaken, omdat er geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie en

gezinsleden van Unieburgers niet onder de reikwijdte van gezinshereniging vallen.

Vervolgens gaat het Hof in op de reikwijdte van artikel 20 VWEU en de vraag of dat artikel en de interpretatie daarvan in de zaak *Ruiz Zambrano* ook van toepassing is op de specifieke omstandigheden van de aanhangige zaken. Het Hof stelt vast dat de situatie waarin een Unieburger geen gebruik heeft gemaakt van het vrije verkeer niet gelijk kan worden gesteld met een volledig interne situatie, aangezien artikel 20 VWEU in de weg staat aan nationale maatregelen die het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten in gevaar brengen. Het Hof preciseert nu dat:

‘(...) het criterium van de ontzegging van het effectieve genot van belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten, betrekking heeft op gevallen die erdoor gekenmerkt worden 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 geheel te verlaten.’³

Het gaat daarbij dus om een uitzonderlijke situatie, aldus het Hof, waarbij een weigering van verblijf aan een familielid afkomstig van een derde land de nuttige werking van het Europees burgerschap zou ontnemen. Redenen van economische of familiale aard om een derdelander familielid bij zich te voegen, zouden volgens het Hof niet voldoende zijn om aan te nemen dat een Unieburger verplicht zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten.

Het Hof vervolgt dan met een analyse van eventuele ‘andere gronden’ waardoor een verblijfsrecht aan een familielid van een Unieburger niet geweigerd zou kunnen worden. Het Hof refereert dan aan de bescherming van het recht op gezins- en familielevens zoals vastgelegd in het Handvest (artikel 7) en het EVRM (artikel 8 lid 1 EVRM). Ook refereert het Hof aan artikel 51 van het Handvest, dat bepaalt dat de lidstaten de fundamentele rechten moeten eerbiedigen wanneer ‘zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’. Het Hof antwoordt de nationale rechter dat hij wanneer hij van mening is dat een van de aanhangige zaken onder ‘het recht van de Unie valt’, hij de zaak dient te toetsen aan het recht op privéleven en familie- en gezinsleven in de zin van het Handvest. Indien hij van oordeel is dat de situaties niet onder het Europees recht vallen, zal hij datzelfde onderzoek in het licht van het EVRM moeten uitvoeren.⁴ Het Hof

antwoordt de nationale rechter conform het advies van de advocaat-generaal dat onder de omstandigheden waarin een Unieburger geen gebruik heeft gemaakt van het vrije verkeer, een afgeleid verblijfsrecht voor een familielid met de nationaliteit van een derde land, alleen ontstaat als een weigering daarvan de effectieve werking van de Europees burgerschapsrechten in gevaar brengt.

Het Hof gaat gezien deze uitleg niet nader in op de overige vragen met betrekking tot de grondslag van het afgeleide verblijfsrecht en de eventuele uitzettingsgronden.

Met betrekking tot de zaak *Dereci* gaat het Hof wel in op de standstill-clausules uit het Turkse associatieakkoord en het bijgevoegde protocol. De centrale vraag is of de beperkingen uit de nieuwe wetgeving ook ‘nieuwe beperkingen’ vormen die door de standstill-clausules worden verboden. Het Hof is van mening dat dit inderdaad het geval is, aangezien de nieuwe regels een Turkse zelfstandige nu verplichten om een verblijfsaanvraag in Turkije af te wachten, terwijl volgens de oude voorwaarden deze aanvraag in Oostenrijk mocht worden afgewacht. De status van illegaal verblijf kan dan dus ook niet aan Dereci worden tegengeworpen, aangezien die status het directe gevolg is van de nieuwe striktere wetgeving.

Commentaar

De werkingssfeer artikel 20 VWEU

De nieuwe lijn van jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de status van het Europees burgerschap op grond van artikel 20 VWEU vindt zijn oorsprong in de zaak *Rottmann*.⁵ In die zaak stond de intrekking van de Duitse nationaliteit door de Duitse autoriteiten ter discussie, nadat Janko Rottmann in zijn naturalisatieprocedure had verzwegen dat hij in een strafrechtelijk proces in Oostenrijk betrokken was. Volgens Oostenrijkse wetgeving wordt de Oostenrijkse nationaliteit ingetrokken als een onderdaan de nationaliteit van een andere staat aan neemt. Dat betekende dat Rottmann het gevaar liep om stateloos te raken, omdat zowel de Duitse als de Oostenrijkse nationaliteit ingetrokken zou worden. Aangezien de status van Europees burger afhankelijk is van de nationaliteit van een van de lidstaten van de Unie, was de consequentie van die intrekking dat Rottmann eveneens zijn status als Unieburger zou verliezen. De vraag was of deze situatie onder de reikwijdte van het Unierecht zou vallen, hoewel de regulering van nationaliteit tot de bevoegdheden

van de lidstaten behoren. Het Hof oordeelde dat:

‘(...) de situatie van een burger van de Unie die (...) wordt geconfronteerd met een door de autoriteiten van een lidstaat genomen besluit tot intrekking van de naturalisatie dat hem (...) in een situatie brengt die kan leiden tot het verlies van de bij artikel 17 EG [20 VWEU] verleende hoedanigheid en de daaraan verbonden rechten, wegens de aard en de gevolgen ervan onder het Unierecht valt.’⁶

Dat betekende dat de Duitse maatregel moest worden getoetst op proportionaliteit, omdat de situatie onder de werkingssfeer van het Unierecht viel en de Duitse regering een beroep deed het openbare belang als rechtvaardigingsgrond (de bescherming van loyaliteit tussen de staat en zijn onderdanen). Het Hof oordeelde, met andere woorden, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de rechten van het Unieburgerschap onmogelijk maken, onder de werkingssfeer van het EU-recht vallen en daarom aan de eisen van evenredigheid moeten voldoen.⁷ In de zaak *Ruiz Zambrano* werd in de geest van *Rottmann* opnieuw invulling gegeven aan artikel 20 VWEU. Onder bepaalde omstandigheden kan artikel 20 VWEU een afgeleid verblijfsrecht toekennen aan een derdelander familielid. Dat is het geval wanneer een nationale maatregel het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerrechten in gevaar brengt. Unieburgers kunnen op grond daarvan een beroep doen op de status van het Europees burgerschap voor de nationale rechter, omdat als dat genot wordt ontzegd de effectieve werking van het Europees burgerschap onder druk zou komen te staan. Na de zaak *Ruiz Zambrano* was de belangrijkste vraag welke rechten het Hof in gedachten had met ‘de belangrijkste aan (...) [de] status van burger van de Unie ontleende rechten’. Zijn dat alleen rechten die in het Verdrag specifiek aan het Europees burgerschap zijn toegekend (artikelen 21 tot en met 24 VWEU), of bij een ruimere interpretatie ook rechten uit het Handvest? Er zou immers betoogd kunnen worden dat het recht op eerbiediging van gezins- en familielevens onder de belangrijke rechten van Unieburgers valt. Wanneer door een nationale maatregel een gezin verplicht zou zijn gescheiden te leven zodat de Unieburgers uit dat gezin op het grondgebied van de EU kunnen verblijven zou dat in strijd kunnen zijn met artikel 7 van het Handvest en artikel 8 EVRM.

Maar volgens het Hof in de zaak *Dereci* is de reikwijdte van artikel 20 VWEU beperkt. Het Hof stelt dat de wenselijkheid om een familie op het grondgebied van de EU bijeen te hebben niet voldoende is om te kunnen stellen dat de belangrijkste rechten van het Europees burgerschap onder druk staan. Het Hof stelt dat het bij het criterium ‘ontzegging van de belangrijkste rechten’ moet gaan om een uitzonderlijke situatie waarin een Unieburger *de facto* zijn rechten als Unieburger niet kan uitoefenen omdat door de nationale maatregel deze Unieburger niet op het grondgebied van de EU kan verblijven. De reikwijdte van artikel 20 VWEU lijkt zich dus te beperken tot situaties waarin een EU-burger daadwerkelijk geen gebruik kan maken van zijn rechten: dat is het geval als de nationaliteit wordt ingetrokken, maar dus ook als het verblijfsrecht wordt afgewezen van een derdelander van wie de Unieburger afhankelijk is. Overigens blijkt uit het arrest *Dereci* niet dat een beroep op artikel 20 VWEU alleen geldt voor een gezin met minderjarige kinderen die afhankelijk zijn van hun ouders met de nationaliteit van een derde land. Het Hof stelt immers dat wanneer ‘een lidstaat een staatsburger van een derde land het verblijf op zijn grondgebied ontzegt, terwijl deze staatsburger wil verblijven met een lid van zijn familie dat burger van de Unie is’, die ontzegging alleen in strijd is met het Unieburgerschap als de effectieve werking daarvan wordt ontnomen.⁸ Het Hof betreft die uitspraak dus meer algemeen op ‘een lid van de familie dat burger van de Unie is’. Daaronder zou goed beschouwd ook een verstandelijk beperkt kind dat meerderjarig is kunnen vallen of een echtgenoot die ernstig ziek is en afhankelijk is van de dagelijkse zorg van de andere partner met de nationaliteit van een derde land.

De strikte uitleg van artikel 20 VWEU betekent in *Dereci* dat, hoewel de volledig interne situatie enigszins is verkleind, er nog steeds een kloof bestaat tussen die Europese burgers die gebruik hebben gemaakt van hun recht om vrij te reizen en te verblijven (artikel 21 lid 1 VWEU) en die Unieburgers die in de lidstaat van hun nationaliteit verblijven. In die zin stelt ook advocaat-generaal Mengozzi dat paradoxaal genoeg het Unieburgerschap van mevrouw *Dereci* een belemmering vormt voor het gezin aangezien ‘het gezinsleven van de drie jonge kinderen van het echtpaar *Dereci* in de praktijk afhankelijk [is] van de uitoefening door hun moeder van een van de in het VWEU neergelegde ver-

keersvrijheden, en dus hoogstwaarschijnlijk van het feit of zij zich naar een lidstaat buiten Oostenrijk begeeft’.⁹ De advocaat-generaal verwijst eveneens naar het arrest *Carpenter*, waarin de Filipijnse vrouw van de heer *Carpenter* volgens het Hof niet kon worden uitgezet, omdat die uitzetting in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM.¹⁰ Die zaak viel onder de werkingssfeer van het Unierecht – en kon daarom getoetst worden aan het EVRM – omdat de heer *Carpenter* voor zijn werk diensten verrichtte voor adverteerders uit andere lidstaten in de zin van artikel 56 VWEU.

Europees burgerschap en grondrechtenbescherming

In de zaak *Carpenter* deed artikel 8 EVRM op een tamelijk spectaculaire wijze zijn intrede in het EU-recht, namelijk via een uiterst ruime interpretatie van artikel 56 VWEU betreffende het vrije verkeer van diensten.¹¹ Uit latere rechtspraak blijkt dat *iedere* EU-burger, ook een niet-marktdeelnemer, die gebruikmaakt van zijn vrijverkeer-rechten kan opkomen tegen schending van zijn fundamentele rechten.¹² De EU-burger die niet gebruikmaakt van zijn vrijverkeer-rechten is voor grondrechtenbescherming in beginsel aangewezen op de nationale constitutie of het EVRM en ontleent geen bescherming aan EU-grondrechten. Door de toepassing van artikel 20 VWEU en de brede reikwijdte die hieraan door het Hof werd toegekend, voegde de *Ruiz Zambrano*-zaak een nieuwe dimensie toe aan deze rechtspraak. Het genot van bepaalde grondrechten kan immers onontbeerlijk zijn voor het effectieve genot van EU-burgersrechten met als belangrijk gevolg dat EU-grondrechten in het kielzog van *Ruiz Zambrano* in een interne situatie kunnen worden ingeroepen.¹³ Een dergelijke benadering doet echter de grenzen tussen drie te onderscheiden maar met elkaar verbonden rechtsordes – de nationale rechtsorde, de EU-rechtsorde en de EVRM-rechtsorde – vervagen. En daarmee zou het uitgangspunt, zoals verwoord door A-G Mengozzi in de *Dereci*-zaak, dat wat het gezinsleven en andere grondrechten betreft, de daaraan door de drie rechtsordes verleende bescherming *aanvullend* is, moeten worden verlaten.¹⁴ Aangezien het Hof, anders dan in *Carpenter*, het niet nodig vond om in *Ruiz Zambrano* voor de vaststelling of er sprake was van een inbreuk op artikel 20 VWEU onderzoek te doen naar een mogelijke inbreuk op het recht op eerbiediging van het familie- en

gezinsleven, bleef dit punt onduidelijk. Advocaat-generaal Sharpston ging wel uitgebreid in op de problematiek van grondrechtenbescherming in situaties waarin derdelanders een verblijfsrecht in een EU-lidstaat claimen. De advocaat-generaal suggereerde in haar conclusie dat de bescherming van grondrechten niet zou moeten afhangen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling of van het bestaan van secundaire wetgeving, maar van het bestaan en van de reikwijdte van een materiële EU-bevoegdheid; wanneer een dergelijke EU-bevoegdheid bestaat, dan zouden de grondrechten van de Europese Unie de Unieburger moeten beschermen.¹⁵ Er zou een connectie moeten zijn tussen de bescherming van grondrechten en het Europees burgerschap, dat immers de fundamentele status van onderdanen van de lidstaten zou moeten zijn. Volgens haar beantwoordt op de lange duur 'alleen een naadloze bescherming van grondrechten onder Unierecht in alle gebieden van uitsluitende of gedeelde Uniebevoegdheid aan het concept van een Unieburgerschap'.¹⁶ Een zelfstandige verplichting voor lidstaten om EU-grondrechten te respecteren in situaties waarin geen duidelijk grensoverschrijdend element aanwezig is, is uiteraard niet onbetwist.¹⁷ Uitgangspunt is immers dat EU-grondrechten alleen kunnen worden ingeroepen wanneer de betwiste maatregel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Dit kan het geval zijn bij potentiële inbreuken van EU-instellingen op grondrechten, zoals in geval van de zaak *Stauder* en de zaak *Internationale Handelsgesellschaft*.¹⁸ Maar ook maatregelen van lidstaten kunnen tot een inbreuk van grondrechten leiden, hetzij bij het omzetten van EU-recht in het nationale recht, hetzij bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond voor beperkingen op het vrije verkeer.¹⁹ Grondrechten kunnen ook als *per se* exceptie worden ingeroepen ter rechtvaardiging van inbreuken op het vrije verkeer. Voorbeelden zijn de zaken *Schmidberger*, *Omega* en *Viking/Laval*.²⁰

De suggestie van A-G Sharpston in de richting van een meer federalistische benadering van grondrechtenbescherming in Europa gaat duidelijk een stap verder; een stap die, zo stelt zij zelf, het Hof in *Ruiz Zambrano* niet kon nemen omdat het daarmee te ver vooruit zou lopen op wetgevende en politieke ontwikkelingen. Ook in *Dereci* wordt deze stap niet gezet. In de *Dereci*-zaak verwijst het Hof wel naar de mogelijke toepassing van grondrechten, in het bijzonder naar de eerbiediging van het privéleven en het familie-

en gezinsleven zoals gewaarborgd door artikel 7 van het EU-Handvest en artikel 8 lid 1 EVRM, maar gaat er verder inhoudelijk niet op in. Volgens het Hof hangt de vraag, of het EU-Handvest van toepassing is dan wel het EVRM, af van het oordeel van de nationale rechter die zal moeten onderzoeken of het recht op eerbiediging van hun privéleven en familie- en gezinsleven is aangetast in de zin van artikel 7 van het Handvest of artikel 8 EVRM.²¹ De rechtvaardiging voor het feit dat het Hof niet nader ingaat op grondrechtenbescherming ligt besloten in de beperkte reikwijdte van het Handvest, zoals bepaald in artikel 51. Het Hof stelt het volgende:

'Er moet evenwel aan worden herinnerd dat de bepalingen van het Handvest, krachtens artikel 51, lid 1, ervan, enkel tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Krachtens lid 2 van diezelfde bepaling breidt het Handvest de werkingssfeer van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, schept het geen nieuwe bevoegdheden voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken. Het Hof moet dus het recht van de Unie binnen de grenzen van de daaraan toegekende bevoegdheden, in het licht van het Handvest uit te leggen (...).'²²

Door deze tamelijk strikte interpretatie van artikel 51 van het Handvest – een uitbreiding van het verblijfsrecht van EU-burgers brengt als zodanig geen bevoegdheidsuitbreiding met zich mee – bevestigt het Hof het bestaan van de drie verschillende, maar met elkaar verbonden, rechtsordes in Europa. In het licht van het Verdrag van Lissabon, waarin meer aandacht is voor afbakening van bevoegdheden tussen de lidstaten en de EU, is deze voorzichtige benadering begrijpelijk.²³ En een te brede uitleg van hetgeen onder het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerrechten moet worden verstaan, waaronder het uitoefenen van bepaalde grondrechten, zou op grote (politieke) weerstand van de lidstaten stuiten; een conflict dat het Hof vooralsnog liever uit de weg gaat.²⁴

Niettemin wringt deze uitspraak met eerdere, baanbrekende rechtspraak die de grondslag vormde voor een verder ontwikkelend Europees burgerschap. Het Hof lijkt zich daarvan bewust door de nationale rechter als het ware te instrueren grondrechtenbescherming in zijn oordeel te betrekken, ook in situaties die buiten de werkingssfeer van het Handvest vallen. Dit is enigszins merk-

waardig, aangezien de nationale rechter in dergelijke gevallen zelf bepaalt of getoetst wordt aan de grondwet dan wel aan het EVRM en of op basis daarvan een verblijfsrecht kan worden toegekend. Of geeft het Hof hier in een *obiter dictum* toch een bredere uitleg aan EU-grondrechtenbescherming? Daarnaast kun je je afvragen of de toetssteen die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt gebruikt om te bepalen of artikel 8 EVRM geschonden is, een-op-een kan worden toepast op de Europese Unie.²⁵ Volgens A-G Mengozzi in de *Dereci*-zaak zouden, '[w]anneer Dereci geen verblijfstitel zou verkrijgen en/of zou worden uitgezet naar Turkije, (...) zijn echtgenote noch zijn kinderen, anders dan de kinderen van Ruiz Zambrano, het gevaar lopen dat zij het grondgebied van de Unie moeten verlaten'.²⁶ Ook al is de EU-onderdaan, indien het verblijfsrecht niet wordt verleend aan Murat Dereci, in tegenstelling tot de Zambrano's inderdaad *strikt genomen* niet gedwongen om het grondgebied van de Europese Unie te verlaten, de vraag is of zijn effectieve genot van de aan hem toekomende belangrijkste burgerschapsrechten niettemin is aangetast.²⁷ Betekent *Dereci* eigenlijk niet dat EU-onderdanen gedwongen worden om een keuze te maken tussen enerzijds het hebben van een familie- en gezinsleven buiten de Europese Unie en anderzijds een verblijf binnen de Europese Unie, maar dan zonder familie, c.q. echtgenoot? Hiermee komen we terug bij de keuzes die het Hof, volgens Sharpston in *Ruiz Zambrano*,²⁸ vroeger of later moet maken tussen gelijke tred houden met de situatie zoals die zich ooit ontwikkelde en ontwikkelt in de rechtspraak, of achter de wetgevende en politieke ontwikkelingen aan blijven lopen. De *Dereci*-zaak laat zien dat de tijd voor een constitutionele verandering nog niet rijp is. De mogelijkheden voor EU-burgers om op basis van grondrechten een verblijfsrecht in een lidstaat te kunnen claimen lijken vooralsnog beperkt te zijn tot situaties waarin sprake was van vrij verkeer en – maar uitzonderlijke – situaties waarin een Unieburger *de facto* niet effectief gebruik kan maken van zijn rechten als Unieburger.

Openbare orde als grond voor het intrekken van een verblijfsrecht

Volgens vaste rechtspraak van het Hof, die in Richtlijn 2004/38 is gecodificeerd, kan het verblijfsrecht van een Unieburger en zijn familieleden worden ingetrokken op grond van volksgezondheid, openbare orde en veiligheid (artikel 27 Richtlijn 2004/38).

De Oostenrijkse rechter heeft het Hof gevraagd onder welke voorwaarden een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU mag worden ingetrokken. Als lidstaten willen afwijken van het recht op verblijf van een familielid van een Unieburger, moet er strikt getoetst worden of er sprake is van persoonlijk gedrag dat een ‘werkelijke, genoegzaam ernstige bedreiging is die een fundamenteel belang van de samenleving schaadt’. Dat een familielid of een Unieburger veroordeeld zou zijn mag als zodanig geen reden zijn om het reis- en verblijfsrecht automatisch te beperken.²⁹ De Europese norm is dus vrij strikt en lidstaten mogen een verblijfsrecht niet zomaar inperken. Vandaar dat de vraag van de Oostenrijkse rechter wel een belangrijke vraag is: als op grond van nationaal recht een lichtere toets van redenen van openbare orde zou gelden, zou op grond daarvan alsnog van artikel 20 VWEU kunnen worden afgeweken. Die vaste rechtspraak en de rechtvaardigingsgronden betreffen het vrije verkeer en duidelijk is dat op situaties als in *Ruiz Zambrano* en *Dereci* Richtlijn 2004/38 niet van toepassing is. Dat zou kunnen betekenen dat er een ander regime op artikel 20 VWEU van toepassing is. De richtlijn is immers van toepassing op iedere Unieburger die ‘zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden’ (artikel 3 lid 1 Richtlijn 2004/38). Het Hof heeft in *Dereci* geen uitspraak gedaan over de voorwaarden om van het verblijfsrecht af te wijken, maar verwacht mag worden dat een beroep op de openbare orde zal moeten voldoen aan de strikte eisen. Wanneer een nationale invulling alsnog het verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU gemakkelijk opzij kan zetten, zou de effectieve werking van het Unieburgerschap immers alsnog in gevaar worden gebracht. Er zijn waarschijnlijk wel bredere rechtvaardigingsmogelijkheden voor lidstaten om van artikel 20 VWEU af te wijken. In *Rottmann* werd bijvoorbeeld de loyale band tussen een lidstaat en zijn onderdanen als rechtvaardigingsgrond aangemerkt. In de toepassing van het criterium van artikel 20 VWEU zit feitelijk al een proportionaliteitstoetsing. Wanneer een Unieburger *de facto* zijn effectieve genot wordt ontzegd van zijn status als Europees burger, wordt het voor een lidstaat wel moeilijk om dit gevolg te rechtvaardigen op grond van algemeen belang.³⁰

Mr. H. van Eijken en dr. S.A. de Vries³¹

Voetnoten

- 1 HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), n.n.g. Zie ook H. van Eijken en S.A. de Vries, ‘A New Route into the Promised Land? Being a European citizen after *Ruiz Zambrano*’, *ELR* 2011, p. 704-721.
- 2 Standpuntbepaling A-G Mengozzi 29 september 2011, zaak C-256/11 (*Dereci*), punt 42.
- 3 Standpuntbepaling A-G Mengozzi, punt 66.
- 4 *Ibid.*, punt 72.
- 5 HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08 (*Janko Rottmann/Freistaat Bayern*), *Jur.* 2010, p. 1-01449.
- 6 *Rottmann*, r.o. 42.
- 7 H. van Eijken, ‘European Citizenship and the Competence of Member States to Grant and to Withdraw the Nationality of their Nationals’, *Merkourios. Utrecht Journal of International and European Law* 2011, p. 65-69.
- 8 *Dereci*, r.o. 74.
- 9 *Ibid.*, r.o. 45.
- 10 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-60/00 (*Carpenter*), *Jur.* 2002, p. 1-06279.
- 11 Zie hierover onder andere ‘Editorial Comments’, 40 *CML Rev.* 2003, 540.
- 12 Zie ook A-G Sharpston in *Ruiz Zambrano*, punt 83.
- 13 Zie ook L. Azoulai, ‘A comment on the *Ruiz Zambrano* judgment: a genuine European integration’ on EUDOCitizenship, beschikbaar op <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>, geraadpleegd op 5 oktober 2011.
- 14 Standpuntbepaling A-G Mengozzi in *Dereci*, punt 40.
- 15 Conclusie A-G Sharpston in *Ruiz Zambrano*, punt 163.
- 16 *Ibid.*, punt 170.
- 17 Zie ook Editorial Comments, ‘The scope of application of the general principles of Union law: An ever expanding Union?’, *CML Rev.* 2010, nr. 47, p. 1589-1596.
- 18 HvJ EG 12 november 1969, zaak 29/69 (*Stauder*), *Jur.* 1969, p. 419; HvJ EG 17 december 1970, zaak 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), *Jur.* 1970, p. 1125; zie ook P.J.G. Kapteyn, annotatie bij zaak 29/69 (*Stauder*), in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom 2010, p. 40.
- 19 HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89 (*ERT*), *Jur.* 1991, p. 1-02925.
- 20 HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00 (*Schmidberger*), *Jur.* 2003, p. 1-5659; HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02 (*Omega Spielhallen*), *Jur.* 2004, p. 1-9609; HvJ EG 18 december 2007, zaak C-341/05 (*Laval un Partneri*), *Jur.* 2007, p. 1-11767; HvJ EG 11 december 2007, zaak C-438/05, (*International Transport Workers Federation/Viking*), *Jur.* 2007, p. 1-10779.
- 21 Standpuntbepaling A-G Mengozzi, punt 72.
- 22 *Ibid.*, punt 71.
- 23 N. Nic Shuibhne, ‘Case Law (Some of) The Kids Are All Right’, 49 *CML Rev.* 2012, p. 377.
- 24 K. Hailbronner en D. Thym, ‘Case Law’, 48 *CML Rev.* 2011, p. 1269-1270.
- 25 N. Nic Shuibhne, op. cit., p. 373.
- 26 Standpuntbepaling A-G Mengozzi, punt 34.
- 27 A. Wiesbrock, ‘Disentangling the “Union citizenship puzzle”? The McCarthy case’, 36 *ELR* 2011, p. 870.
- 28 Conclusie A-G Sharpston in *Ruiz Zambrano*, punt 177.
- 29 HvJ EU 17 november 2011, zaak C-430/10 (*Hristo Gaydarov/Directora na Glavna direktisia ‘Ohranitelna politisia’ pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*), n.n.g., r.o. 34.
- 30 K. Lenaerts, ‘“Civis europeus sum”: van grensoverschrijdende aanknopingsnaar status van burger van de Unie’, *SEW* 2012-1, p. 9.
- 31 Mr. H. van Eijken is assistent in opleiding (AIO) bij het Europa Instituut, Universiteit Utrecht. Dr. S.A. de Vries is universitair hoofddocent bij het Europa Instituut, Universiteit Utrecht.