

De zaken *S. en G. & O. en B.*: Grenzeloze gezinnen en afgeleide verblijfsrechten

Mr. dr. H. van Eijken*

In de twee arresten, de zaak *S. en G.* en de zaak *O. en B.*, die het Hof van Justitie dit voorjaar wees, worden het vrije verkeer van personen en afgeleide verblijfsrechten uitgebreid. Het Hof van Justitie oordeelt in deze zaken dat een weigering van een verblijfsrecht aan een familielid in de lidstaat van nationaliteit in strijd met het vrije verkeer van werknemers en Unieburgers kan zijn. Dat betekent dat een Unieburger, onder omstandigheden, een recht heeft op gezinshereniging in de lidstaat van zijn nationaliteit.

HvJ EU 12 maart 2014, zaak C-457/12, S. en G./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, ECLI:EU:C:2014:136

HvJ EU 12 maart 2014, zaak C-456/12, O. en B./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, ECLI:EU:C:2014:135

Inleiding

Dit voorjaar wees het Hof van Justitie twee arresten met betrekking tot het vrije verkeer van personen en gezinshereniging. In deze zaken staat steeds de weigering van het toekennen van een afgeleid verblijfsrecht aan een familielid van een Unieburger ter discussie. Uit eerdere rechtspraak bleek al dat een weigering van een verblijfsrecht aan een familielid in strijd met het vrije verkeer van diensten kon zijn (*Carpenter*) en dat een EU-burger, in beginsel, een recht op gezinshereniging en gezinsvorming heeft in een andere lidstaat dan zijn nationaliteit op grond van het vrije verkeer van personen (*Metock*). In de onderhavige zaken rekt het Hof van Justitie die bestaande rechtspraak verder op naar grensarbeiders en Unieburgers die zijn teruggekeerd naar de lidstaat van hun nationaliteit.

Feiten van de zaken en nationale procedure

In de zaak *S. en G.* gaat het om grensarbeiders, met de Nederlandse nationaliteit, van wie aan de familieleden een afgeleid verblijfsrecht is geweigerd in Nederland. *S.* is een Oekraïense onderdaan die om verblijf in Nederland heeft verzocht. Haar schoonzoon heeft de Nederlandse nationaliteit en hij reist voor zijn werk eenmaal per week naar België. *S.* zorgt voor haar kleinzoon, die eveneens de Nederlandse nationaliteit heeft. In die zaak is het de vraag of *S.* vanwege de zorg voor haar kleinzoon in Nederland een afgeleid verblijfsrecht zou hebben.

G. is een Ghanese onderdaan die gehuwd is met een Nederlander, met wie zij een dochter heeft. De echtgenoot van *G.* reist dagelijks voor zijn werk van Nederland naar België, waar hij in loondienst werkt. In beide situaties is de vraag of een familielid van een grensarbeider een afgeleid verblijfsrecht zou moeten krijgen in de lidstaat van nationaliteit van de betreffende grensarbeider.

In de tweede zaak gaat het om *O. en B.* die respectievelijk de Nigeriaanse en de Marokkaanse nationaliteit hebben en beiden zijn gehuwd met een Nederlandse onderdaan. *O.* verbleef van 2007 tot 2010 in Spanje, waar hij een verblijfsvergunning had als familielid van een Unieburger. Zijn Nederlandse vrouw heeft twee maanden bij hem in Spanje gewoond, maar is daarna teruggegaan naar Nederland, omdat zij geen werk kon vinden.

B. is een Marokkaanse onderdaan die een aantal jaar heeft samengewoond met een Nederlandse onderdaan in Nederland. Nadat hij ongewenst werd verklaard vanwege een veroordeling voor het gebruik van een vals paspoort is *B.* in België gaan wonen. Zijn partner verbleef in de weekenden bij hem in België. Twee jaar later is *B.* verhuisd naar Marokko. In datzelfde jaar is *B.* met zijn Nederlandse partner gehuwd. Op zijn verzoek is de ongewenstverklaring ingetrokken en is *B.* weer in Nederland gaan wonen. Zijn aanvraag voor een verblijfsvergunning is door de minister afgewezen.

319

* Mr. dr. H. (Hanneke) van Eijken is docent Europees recht aan de Universiteit Utrecht en postdoc onderzoeker bij BEUcitizen en het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe.

In deze zaken speelt dus steeds de vraag of er een afgeleid verblijfsrecht is voor het familielid met de nationaliteit van een derde land in de specifieke situaties. In de eerste zaak betreft het vrij werknemersverkeer en afgeleid verblijfsrecht in Nederland. In de tweede zaak betreft het Unieburgers die korte tijd hebben verbleven in een andere lidstaat met hun familielid en daarna in Nederland wilden verblijven met hun familielid.

Tijdens het hoger beroep in deze zaken heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het Hof van Justitie om uitlegging verzocht van Richtlijn 2004/38/EG, waarin het verblijf van familieleden van Unieburgers is geregeld.¹ In de eerste plaats heeft de Afdeling aan het Hof van Justitie gevraagd of Richtlijn 2004/38/EG van toepassing is op de situatie van O. en B. en S. en G., aangezien zij op het moment van de besluiten tot weigering van hun verblijfsaanvragen familieleden van een Unieburger zijn volgens de definitie van de richtlijn. Artikel 3 bepaalt dat de richtlijn toepasselijk is op '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 (...), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.' De Afdeling heeft het Hof van Justitie, in dat licht, gevraagd of 'verblijft' ook kan verwijzen naar de onderhavige situatie, waarin een EU-burger in een andere lidstaat heeft verbleven en weer is teruggekeerd naar de lidstaat van nationaliteit. Bovendien is het de vraag of 'zich bij hem voegen' alleen verwijst naar voegen bij een EU-burger in een andere lidstaat of dat deze zinsnede ook verwijst naar de situatie dat familieleden zich voegen bij hun familieleden in de lidstaat van nationaliteit. De Raad van State refereerde in de verwijzingsuitspraken, daarnaast, naar de arresten *Singh*² en *Eind*³ waarin het Hof van Justitie oordeelde dat een EU-burger dezelfde rechten zou moeten hebben als onderdanen van zijn eigen lidstaat wanneer hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht om vrij te reizen en te verblijven in een andere lidstaat. De Raad van State heeft het Hof van Justitie gevraagd of deze rechtspraak eveneens van toepassing is op de onderhavige situaties. In de zaken *S. en G.* heeft de Afdeling het Hof van Justitie, bovendien, de vraag gesteld of familieleden van grensarbeiders een afgeleid verblijfsrecht op basis van het Unierecht hebben in de lidstaat van nationaliteit.

Oordeel van het Hof van Justitie

In *G. en S.* overweegt het Hof van Justitie dat zowel S. als G. binnen de werkingssfeer van het vrije werknemersverkeer valt (art. 45 VWEU)⁴. Het Hof van Justitie vervolgt dat de uitleg van artikel 56 VWEU in het arrest

Carpenter kan worden toegepast op het vrije verkeer van werknemers. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie dat aan een Filipijnse onderdaan een afgeleid verblijfsrecht niet kon worden geweigerd, omdat deze Filipijnse getrouwd was met een Europees burger en deze EU-burger gebruikmaakte van het vrije dienstenverkeer. Wanneer aan mevrouw Carpenter geen verblijfsrecht zou worden toegekend zou dat, kort gezegd, een beperking kunnen vormen van het recht van de heer Carpenter om diensten te verrichten in andere lidstaten. Het Hof van Justitie verklaart deze lijn van rechtspraak nu ook van toepassing op het vrije verkeer van werknemers. Het Hof van Justitie laat het aan de nationale rechter over om na te gaan of de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht noodzakelijk is voor de Unieburger om zijn vrije verkeer uit te kunnen oefenen. Het Hof van Justitie overweegt echter ook dat het feit dat een kind verzorgd wordt door de derdelander niet doorslaggevend is voor de beantwoording van die vraag. Hoewel het Hof van Justitie in *Carpenter* oordeelde dat mevrouw Carpenter vanwege de zorg voor het gezin een afgeleid verblijfsrecht moest krijgen, zodat haar echtgenoot gebruik kon maken van het vrije verkeer van diensten, is die zorg als zodanig dus niet doorslaggevend volgens het Hof van Justitie. Het feit dat zij de echtgenote was van de Unieburger in kwestie wel. Dat betekent dat in de zaak *S.* niet zonder meer kan worden aangenomen dat de zorg voor de kleinzoon het verblijf van S. noodzakelijk maakt voor de uitoefening van de grensarbeid van schoonzoon S. Het Hof van Justitie concludeert met betrekking tot de situatie van S.:

'Het enkele feit dat het wenselijk zou kunnen lijken dat een dergelijke zorg wordt geboden door de derdelander die een rechtstreekse bloedverwant in opgaande lijn van de echtgenoot van de burger van de Unie is, volstaat bijgevolg op zich niet om vast te stellen dat die burger wordt weerhouden in bovenbedoelde zin [om gebruik te maken vrije verkeer van werknemers].'⁵

Het Hof van Justitie oordeelt uiteindelijk dat artikel 45 VWEU in de weg staat aan de weigering een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander, die familie is van een Unieburger, wanneer die weigering ertoe leidt dat de betrokken Unieburger ervan wordt weerhouden zijn vrije werknemersverkeer daadwerkelijk uit te oefenen. Het Hof van Justitie gaat niet meer in op de vraag of artikel 21 VWEU dan wel artikel 20 VWEU een eventueel afgeleid verblijfsrecht zou kunnen bieden in de onderhavige situatie, aangezien de situatie wordt bestreken door het vrije verkeer van werknemers, dat een bijzondere uitwerking vormt van het recht om vrij te reizen en te verblijven.

In de zaak *O. en B.* gaat het Hof van Justitie eerst in op de vraag of artikel 21 VWEU en Richtlijn 2004/38/EG toestaan dat een lidstaat het afgeleide verblijfsrecht van

1. ABRvS 5 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9567 en ABRvS 5 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9530.
2. HvJ EU 7 juli 1992, zaak C-370/90, *Singh*, ECLI:EU:C:1992:296.
3. HvJ EU 11 december 2007, zaak C-291/05, *Eind*, ECLI:EU:C:2007:771.
4. HvJ EU 12 maart 2014, zaak C-457/12, *S. en G./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2014:136, p. 39.

5. *S. en G./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, p. 43, toegevoegde tekst door auteur.

een derdelander die familielid van een Unieburger is, wordt geweigerd wanneer de betreffende Unieburger vóór zijn terugkeer naar de lidstaat van nationaliteit in een andere lidstaat heeft verbleven met de derdelander. Het Hof van Justitie stelt vast dat de richtlijn tot doel heeft het vrije verkeer van Unieburgers, zoals ook verleend door artikel 21 VWEU, te vergemakkelijken en te versterken. Het Hof van Justitie herinnert er vervolgens aan dat deze richtlijn noch artikel 21 VWEU een autonoom recht aan derdelanders toekent, maar dat een eventueel verblijfsrecht afgeleid is van het recht van een Unieburger om vrij te reizen en te verblijven. Richtlijn 2004/38/EG definieert als begunstigden van deze richtlijn: 'iedere burger van de Unie die zich begeeft of verblijft in een andere lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit' en de familieleden (zoals echtgenoten) die de Unieburger 'begeleiden of zich bij hem voegen'.⁶ Derhalve is deze richtlijn alleen van toepassing op de situatie waarin een Unieburger zijn vrije verkeer heeft uitgeoefend en zich heeft gevestigd in een andere lidstaat. Het Hof van Justitie verwijst daarbij ook naar artikelen 6, 7 en 16 van Richtlijn 2004/38/EG, waarin expliciet verwezen wordt naar verblijf in een andere lidstaat dan die van de nationaliteit van de Unieburger. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat Richtlijn 2004/38/EG niet van toepassing is op de onderhavige situatie.

Het Hof van Justitie vervolgt met een analyse van artikel 21 VWEU. Het Hof van Justitie verwijst in die analyse naar de uitspraken in *Singh* en *Eind*. In die zaken bepaalde het Hof van Justitie dat wanneer een Unieburger die in een andere lidstaat heeft gewerkt en, na respectievelijk anderhalf en tweeënhalf jaar verblijf in de gastlidstaat met een familielid, terugkeert in de lidstaat van zijn nationaliteit, aan het betreffende familielid met de nationaliteit van een derde land een afgeleid verblijfsrecht moet worden toegekend. Zo bepaalde het Hof van Justitie in het arrest *Eind* dat belemmeringen van gezinshereniging een belemmering van het vrije verkeer kan vormen, omdat een EU-burger ervan kan worden weerhouden om in een andere lidstaat te verblijven als hij bij terugkeer in de lidstaat van zijn nationaliteit niet kan samenleven met zijn gezinsleden. Met andere woorden, een Unieburger die met zijn familielid van een derde land heeft samengeleefd in een andere lidstaat, mag met dat familielid terugkeren in de oorspronkelijke lidstaat.

Aangezien deze zaken betrekking hadden op het vrije verkeer van werknemers bleef een belangrijke vraag of diezelfde uitspraken ook van toepassing zijn op het vrije verkeer van personen in meer algemene zin. De Raad van State stelde het Hof van Justitie dan ook expliciet die vraag. Het Hof van Justitie beantwoordt die vraag bevestigend. Vervolgens nuanceert het Hof van Justitie deze vaststelling door te bepalen dat in dergelijke gevallen de Unieburger in staat moet zijn geweest om tijdens zijn verblijf in de andere lidstaat een gezinsleven op te bouwen of te bestendigen. Volgens het Hof van Justitie

kan een dergelijk gezinsleven geacht te zijn opgebouwd wanneer een EU-burger op grond van, en volgens de voorwaarden van, artikel 7 lid 1 en 2 van Richtlijn 2004/38/EG langer dan drie maanden verblijf in een andere lidstaat heeft gehad. Dat betekent dat een Unieburger in de gastlidstaat werknemer of zelfstandige moet zijn of voldoende middelen van bestaan moet hebben om langer dan drie maanden verblijfsrecht te hebben. Bovendien bepaalt het Hof van Justitie, *a fortiori*, dat wanneer een EU-burger en zijn familielid een permanent verblijfsrecht hebben verkregen, omdat zij, conform artikel 16 lid 2 van de richtlijn, vijf jaar onafgebroken in de gastlidstaat hebben verbleven, het gezinsleven in de lidstaat van nationaliteit moet kunnen worden voortgezet. Hoewel het Hof van Justitie zijn uitspraak baseert op artikel 21 lid 1 VWEU, past het Hof van Justitie de voorwaarden voor het verblijf van de Unieburger in de andere lidstaat naar analogie van Richtlijn 2004/38/EG toe.

Ten slotte overweegt het Hof van Justitie dat de toepassing van het Unierecht niet mag worden uitgebreid met gevallen van misbruik. Het bewijs van dergelijk misbruik vereist objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat het beoogde doel van de Europeesrechtelijke regeling niet werd bereikt alsmede een subjectief element, namelijk dat de bedoeling was om voordeel te verkrijgen van een Unieregeling door kunstmatig de voorwaarden voor de toepassing daarvan te scheppen.

Commentaar

321

Gezinshereniging als voorwaarde voor onbelemmerd vrij verkeer

Zoals hierboven kort besproken oordeelde het Hof van Justitie in 2001 al, in de zaak *Carpenter*, dat het weigeren van een verblijfsrecht van een derdelander-echtgenote strijd zou kunnen opleveren met het vrije verkeer van diensten. In die zaak stelde het Hof van Justitie dat artikel 56 VWEU gelezen tegen de achtergrond van het fundamentele recht op eerbieding van het gezinsleven in de weg staat aan het weigeren van een verblijfsrecht van de echtgenoot van de Unieburger die diensten verleent in andere lidstaten.⁷ Het Hof van Justitie koppelde in die zaak het vrije verkeer aan het fundamentele recht op eerbieding van het gezinsleven. In het licht van die uitspraak is het geen verrassing dat het Hof van Justitie nu, veertien jaar later nota bene, die rechtspraak van toepassing verklaart op het vrije verkeer van werknemers. Tegelijkertijd verwijst het Hof van Justitie, anders dan in *Carpenter*, niet naar het EVRM en het recht op gezinsleven, maar kwalificeert het Hof van Justitie de weigering tot een afgeleid verblijfsrecht als een belemmering van het vrije verkeer van werknemers, zonder een degelijke meer grondrechtelijke lezing van het vrije

7. Zie ook R.H. van Ooik en H. Staples, 'Het recht op gezinsvorming en gezinshereniging volgens het Europese Hof van Justitie: Hoeveel ruimte is er nog voor een restrictief immigratiebeleid voor de lidstaten?', *NTER* 2002/11-12, p. 269-276.

6. Art. 3 lid 1 Richtlijn 2004/38/EG.

verkeer. In *Carpenter* oordeelde het Hof van Justitie nog dat 'het besluit tot uitzetting van mevrouw Carpenter (...) een inmenging [vormt] in de wijze waarop haar echtgenoot gebruikmaakt van zijn recht op eerbiediging van zijn gezinsleven in de zin van artikel 8 (...) EVRM'⁸ en interpreteerde daarmee artikel 56 VWEU expliciet in het licht van de bescherming van de grondrechten. Zeker nu het Handvest een bindende en primaire bron van Unierecht is, had een verwijzing naar het Handvest niet misstaan.

De uitspraak in *O. en B.* gaat een stap verder en breidt de werkingssfeer van het niet-economisch personenverkeer uit naar situaties waarin een Unieburger met zijn familielid terugkeert naar de lidstaat van nationaliteit. Dat is in overeenstemming met het oordeel van het Hof van Justitie in *Metock*,⁹ waarin het Hof van Justitie bepaalde dat het weigeren van een afgeleid verblijfsrecht van een derdelander die gehuwd is met een Unieburger, een beperking van het recht om vrij te reizen en te verblijven van de Unieburger vormt, wanneer die Unieburger zich in een gastlidstaat bevindt. Nu geldt eveneens dat een dergelijke weigering van verblijfsdocumenten voor een derdelander ook als een belemmering van het vrije verkeer kan worden beschouwd wanneer de desbetreffende Unieburger terugkeert naar zijn oorspronkelijke lidstaat, waarvan hij of zij de nationaliteit bezit.

Er blijft nog een belangrijk verschil tussen het afgeleide verblijfsrecht voor een familielid van een EU-burger in de lidstaat van nationaliteit en het afgeleide verblijfsrecht in een andere lidstaat. In *Metock* oordeelde het Hof van Justitie immers dat niet van belang is wanneer de gezinsvorming heeft plaatsgevonden. Het Hof van Justitie stelde in die zaak:

'Het maakt niet uit of personen met de nationaliteit van derde landen die familielid zijn van een burger van de Unie, in de gastlidstaat zijn binnengekomen *alvorens dan wel na familielid van de burger van de Unie te zijn geworden*, daar de weigering van de gastlidstaat om hun een recht van verblijf te verlenen deze burger van de Unie evenzeer ervan zal weerhouden, zijn verblijf in die lidstaat voort te zetten.'¹⁰

Dat impliceert dat een derdelander zich in dat geval voor het eerst kan voegen bij de EU-burger in een andere lidstaat, zonder dat is vereist dat voorheen sprake was van gezinsleven. Hoewel het Hof van Justitie in de onderhavige zaak de redenering in *Metock* ook van toepassing acht op naar hun eigen lidstaat terugkerende EU-burgers, is het Hof van Justitie op dit punt dus strikter. In de situatie waarin een Unieburger terugkeert naar zijn eigen lidstaat met een derdelander-familielid moet wel worden aangetoond dat er gezinsleven is geweest in de andere lidstaat. Met andere woorden: er

is, in principe, een recht op gezinshereniging via de bandbreedte van het vrije verkeer in de lidstaat van nationaliteit, maar er is geen recht op gezinsvorming in die lidstaat. In die zin stelt het Hof van Justitie dan ook dat B., die na de terugkeer van zijn echtgenote naar Nederland de status van familielid verkreeg door te huwen, geen afgeleid verblijfsrecht in Nederland heeft op grond van het vrije verkeer van zijn echtgenote.

Hoewel de onderhavige uitspraken een verruiming vormen van het recht van EU-burgers om vrij te reizen en te verblijven en hun familieleden met zich mee te nemen, is de reikwijdte door het Hof van Justitie tegelijkertijd beperkt uitgelegd. Het Hof van Justitie overweegt immers in *O. en B.* eveneens dat het verblijf van de burger van de Unie in het gastland van dien aard moet zijn geweest 'dat hij in staat is gesteld in die lidstaat een gezinsleven op te bouwen of te bestendigen'.¹¹ Dat betekent dus dat het Hof van Justitie een belemmering van het vrije verkeer van EU-burgers niet zomaar aanneemt, maar vereist dat de EU-burger een geruime tijd in de gastlidstaat heeft verbleven. Ook in de zaken *S. en G.* is het Hof van Justitie voorzichtig en nuanceert het zijn uitspraak. Het Hof van Justitie bepaalt immers dat er sprake moet zijn van een regeling die de 'daadwerkelijke uitoefening' van het vrije verkeer van werknemers 'weerhoudt'. Dat is dus een redelijk strikte uitleg. Tegelijkertijd blijft het lastig te bepalen wanneer een EU-burger wordt weerhouden om zijn recht om te reizen en te verblijven uit te oefenen. Die abstracte toets zal door de nationale rechter moeten worden uitgevoerd.

De link met het Unierecht, de interne situatie en gezinsleven

In de context van de zaak *O. en B.* is de essentiële vraag hoe lang een EU-burger in een andere lidstaat moet hebben verbleven, om een link met het vrije verkeer en de vorming van een gezinsleven aan te nemen. Zowel de link met het vrije verkeer als de aanname dat er sprake is van gezinsleven hangt af van de periode dat de betrokken EU-burger in een andere lidstaat verbleef. Wat betreft de link met het Unierecht heeft het Hof van Justitie in diverse zaken een ruime interpretatie gegeven aan het bestaan van een dergelijke link, en meer specifiek met betrekking tot het vrije verkeer van personen.

Zo ging het in de zaak *Carpenter* om een onderneming van een Britse onderdaan die in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd, maar omdat de heer Carpenter ook naar andere lidstaten reisde voor zijn onderneming, nam het Hof van Justitie aan dat er een interstatelijke band met het Unierecht was. Daarmee activeerde die grensoverschrijdende activiteit het vrije verkeer en daarmee de grondrechtenbescherming. In *Schempp*¹² bijvoorbeeld migreerde de EU-burger zelf niet, maar zijn echtgenote. Die migratie creëerde een link met het vrije verkeer, waarna het Hof van Justitie de verenigbaarheid van de nationale regeling met non-discriminatie en het

8. HvJ EU 11 juli 2002, zaak C- 60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434, p. 41.

9. HvJ EU 25 juli 2008, zaak C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449. Zie ook A. Venekamp, 'Het arrest Metock. Een snel arrest met belangrijke gevolgen', *NTER* 2009/3, p. 84-89.

10. *Metock*, p. 92. Cursivering auteur.

11. HvJ EU 12 maart 2014, zaak C-456/12, *O. en B./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2014:135, p. 51.

12. HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03, *Schempp*, ECLI:EU:C:2005:446, par. 22-23.

vrije verkeer beoordeelde. In het licht van die rechtspraak is het dus niet zonder meer te bepalen wanneer er sprake is van een dergelijk interstatelijk effect. Het feit dat de EU-burgers langere tijd tijdens vakanties en weekenden in een andere lidstaat verbleven, had reden kunnen zijn om die interstatelijkheid aan te nemen. In de onderhavige zaken is het Hof van Justitie voorzichtiger. Dat komt ook omdat het bestaan van een belemmering in deze zaak afhangt van de duur die een Europees burger in een andere lidstaat heeft verbleven. In feite bestaat de link met het vrije verkeer al vanwege de grensoverschrijding van de betreffende EU-burger en de belemmering volgt uit het belemmeren van gezinshereniging. Voor die gezinshereniging moet allereerst sprake zijn van gezinsleven in een andere lidstaat. Alleen in het geval van een nauwe band tussen de familieleden kan sprake zijn van een belemmering. Uit *B.* en *O.* volgt dat na een onafgebroken verblijf in een andere lidstaat van drie maanden of meer, in principe, een Unieburger zijn derdelander-familielid mag meenemen naar de lidstaat van nationaliteit. Daarmee is het afgeleid verblijfsrecht voor familieleden dus uitgebreid naar niet-economisch vrij verkeer. Het moet dan wel gaan om voldoende gevestigd gezinsleven. Het bezoeken van een familielid in een andere lidstaat voor weekenden en vakanties is niet voldoende om een gezinsleven te vestigen in een mate die voldoende is om een afgeleid verblijfsrecht te verkrijgen in de lidstaat van nationaliteit. Bovendien bepaalt het Hof van Justitie dat het bij verblijf van drie maanden om onafgebroken verblijf moet gaan.

Het is opmerkelijk dat het Hof van Justitie kiest voor een analoge toepassing van de voorwaarden die zijn neergelegd in Richtlijn 2004/38/EG en de zaak niet louter beoordeelt op grond van artikel 21 VWEU, de verdragsbepaling die het recht op vrij verkeer garandeert. Richtlijn 2004/38/EG is immers niet van toepassing, omdat het *in casu* niet gaat om een EU-burger die in een andere lidstaat verblijft. Tegelijkertijd is het onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie op grond van artikel 21 VWEU een andere interpretatie zou geven aan het recht om vrij te reizen en te verblijven. Bovendien is die analoge toepassing vreemd, omdat familieleden op basis van de richtlijn zich meteen bij de EU-burger mogen voegen wanneer deze in een andere lidstaat verblijft.¹³

In de huidige zaken echter lijkt mij de aanknopingspunt die het Hof van Justitie zoekt bij Richtlijn 2004/38/EG een juist uitgangspunt in het kader van de bevoegdheidsverdeling, maar ook in het kader van rechtszekerheid. Het Hof van Justitie blijft daarmee binnen de grenzen die de Europese wetgever heeft willen aanbrengen. Bovendien biedt aanknopingspunt bij de richtlijn, hoewel het geen rekening houdt met de specifieke persoonlijke omstandigheden, rechtszekerheid voor EU-burgers en hun familieleden. Het Hof van Justitie geeft daarmee (gedeeltelijk) gehoor aan de oproep van advocaat-gene-

raal Sharpston in haar conclusie onder de onderhavige zaken:

‘Ongeacht of het Hof van Justitie instemt met mijn hier gegeven bespreking, zou ik erop willen aandringen dat het Hof van Justitie de door deze twee verwijzingsbeslissingen geboden gelegenheid te baat neemt om een duidelijke en gestructureerde leidraad te verschaffen over de omstandigheden waarin een familielid met de nationaliteit van een derde land van een EU-burger die in zijn thuisland woont maar zijn rechten van vrij verkeer *daadwerkelijk* uitoefent, krachtens het Unierecht aanspraak kan maken op een afgeleid verblijfsrecht in het thuisland.’¹⁴

Misbruik van Unierecht

Ten slotte is het interessant om op te merken dat het Hof van Justitie eraan herinnert dat misbruik van Unierecht niet kan leiden tot gezinshereniging in de lidstaat van nationaliteit. Het principe dat misbruik van EU-recht mag worden verhinderd door de lidstaten is al door het Hof van Justitie in 1974 bepaald in het arrest *Van Binsbergen*.¹⁵ Ook in latere arresten, in de context van de interne markt, werd dit beginsel bevestigd.¹⁶ Het Hof van Justitie stelde eerder dat het Unierecht niet gebruikt mag worden om verplichtingen uit het nationale recht te ontduiken. Of er sprake is van misbruik moet worden onderzocht op basis van twee voorwaarden.¹⁷ Er is sprake is van misbruik bij

‘een geheel van objectieve omstandigheden (...) waaruit blijkt dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt, en anderzijds een subjectief element, namelijk de bedoeling om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat’.¹⁸

De grens tussen *misbruik* en *gebruik* van Europees recht in een andere zin dan oorspronkelijk beoogd werd, is moeilijk te trekken.¹⁹ Het feit dat een EU-burger gebruikmaakt van zijn recht om vrij te reizen en te verblijven om op die manier onder een gunstiger wettelijk

13. Zie art. 6 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG.

14. Conclusie A-G Sharpston, par. 158.

15. HvJ EU 3 december 1974, zaak C-33/74, *Van Binsbergen*, ECLI:EU:C:1974:131.

16. Zie ook latere rechtspraak: HvJ EU 5 oktober 1994, zaak C-23/93, *TV10*, ECLI:EU:C:1994:362, par. 20; HvJ EU 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126. Recentelijk sprak het Hof van Justitie zich uit over misbruik met betrekking tot het recht op vestiging, zie HvJ EU 17 juli 2014, gevoegde zaken C-58/13 en 59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088.

17. HvJ EU 14 december 2000, zaak C-110/99, *Emsland-Stärke*, ECLI:EU:C:2000:695.

18. HvJ EU 16 oktober 2012, zaak C-364/10, *Hongarije/Slowakije*, ECLI:EU:C:2012:630, par. 58.

19. Zie ook A-G Geelhoed in zijn conclusie onder *Akrich*, HvJ EU 23 september 2003, zaak C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:112, par. 173-184.

regime te vallen vormt geen misbruik. In *Chen*²⁰ oordeelde het Hof van Justitie, bijvoorbeeld, dat het feit dat mevrouw Chen met opzet gebruik had gemaakt van het recht om vrij te reizen en te verblijven en zodoende haar dochter de Ierse nationaliteit verkreeg, niet afdeed aan het feit dat Chen en haar dochter een (afgeleid) verblijfsrecht in het Verenigd Koninkrijk moest worden toegekend. In het arrest *Förster*,²¹ dat zich afspeelde in de context van studiefinanciering en vrij verkeer, stelde het Hof van Justitie dat de redenen van migratie niet relevant zijn. In het arrest *Akrich* stelde het Hof van Justitie dat er wel sprake zou zijn van misbruik 'indien de door het gemeenschapsrecht ten behoeve van de migrerende werknemer en hun echtgenoot geboden mogelijkheden werden benut in het kader van schijnhuwelijken die worden gesloten om de bepalingen inzake binnenkomst en verblijf van onderdanen van derde landen te omzeilen'.²² Hoewel het Hof van Justitie de redenen van migratie nog steeds niet doorslaggevend vindt, kan een subjectief doel om het Unierecht te activeren, tezamen met een objectieve vaststelling dat de doelstellingen van de Unieregeling niet bereikt zijn, leiden tot de vaststelling dat er sprake is van misbruik. De situatie van misbruik in het kader van het vrije verkeer van Unieburgers en gezinshereniging lijkt op basis van de rechtspraak met name te bestaan bij schijnhuwelijken. Dat is eveneens in lijn met artikel 35 van Richtlijn 2004/38/EG, waarin is bepaald dat lidstaten bij fraude, zoals schijnhuwelijken, de rechten uit de richtlijn mogen weigeren, intrekken of mogen beëindigen.

Hoewel het Hof van Justitie niet snel misbruik zal aannemen, brengt het Hof wel beperkingen aan in de reikwijdte van afgeleide verblijfsrechten van familieleden. In de onderhavige zaken formuleert het Hof van Justitie een aantal voorwaarden voordat er sprake is van gezinsleven. De 'België-route' wordt daarmee door het Hof van Justitie beperkt, in de zin dat verblijf gedurende weekends en vakanties niet voldoende is om aan te nemen dat sprake is van gezinsleven. Dat betekent dat er minimaal drie maanden of langer onafgebroken gezamenlijk verblijf in een andere lidstaat moet zijn geweest en dat bij vaststelling van misbruik van het vrije verkeer een afgeleid verblijfsrecht alsnog geweigerd kan worden. Hoewel de Raad van State het Hof van Justitie geen vragen over mogelijk misbruik heeft gesteld, gaat het Hof van Justitie hier, op eigen initiatief, nader op in. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie de uitbreiding van het recht op afgeleide verblijfsrechten voor familieleden van EU-burgers heeft willen nuanceren. Gezien de gevoeligheid van afgeleide verblijfsrechten voor derdelanders voor de lidstaten, is die nuancering begrijpelijk. Het geeft lidstaten in ieder geval de mogelijkheid om strikt te handhaven wanneer er sprake is van misbruik. Het lijkt er echter op grond van de hierboven besproken

rechtspraak²³ vooralsnog niet op dat Hof van Justitie het bestaan van misbruik snel zal aannemen.

Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie in *G. en S.* bevestigt dat het arrest *Carpenter*, na jaren, nog steeds van belang is en kan worden uitgebreid naar de andere vrijheden. Dat het Hof van Justitie in de zaak *O. en B.* gezinshereniging als een voorwaarde voor vrij verkeer formuleert, ook wanneer een EU-burger terugkeert naar de lidstaat van nationaliteit, komt, in het licht van de uitspraak in *Metock*, ook niet helemaal uit de lucht vallen. Tegelijkertijd betekent het dat de nationale discretionaire ruimte op het terrein van migratie opnieuw wordt ingeperkt, omdat het vrije verkeer van personen opnieuw is uitgebreid. Die uitbreiding wordt door het Hof van Justitie ingeperkt doordat een belemmering van het vrije verkeer pas wordt aangenomen na drie maanden gezamenlijk onafgebroken verblijf in een andere lidstaat. Bovendien mogen lidstaten misbruik van het vrije verkeer tegen gaan.

Voor het Nederlandse beleid betekent dit dat er een uitbreiding is van derdelanders die een afgeleid verblijfsrecht kunnen krijgen. Tegelijkertijd geeft het Hof van Justitie duidelijke grenzen aan deze uitbreiding: er moet sprake zijn van daadwerkelijk opgebouwd gezinsleven en lidstaten mogen een afgeleid verblijfsrecht eveneens weigeren als er sprake is van misbruik. Inmiddels heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zich uitgelaten met betrekking tot de situatie van O., B, en S.²⁴ In de zaak *O.* heeft de Afdeling geoordeeld dat de verblijfsduur van de Nederlandse echtgenote van O. in Spanje 'niet voldoende is (...) om bij terugkeer naar de lidstaat waarvan deze burger van de Unie de nationaliteit bezit, aanspraak te kunnen maken op een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 21, eerste lid, van het VWEU'.²⁵ In de zaak *B.* oordeelde de Afdeling dat het hoger beroep reeds ongegrond is, omdat de betreffende Nederlandse onderdaan korter dan drie maanden met B. samenwoonde in een andere lidstaat.²⁶ In de zaak *S.* oordeelde de Afdeling dat er geen grond is om aan te nemen dat een verblijfsrecht van S. noodzakelijk is voor de uitoefening van het vrije verkeer van haar Nederlandse schoonzoons.²⁷ Hoewel in deze specifieke zaken de arresten van het Hof van Justitie de familieleden van de betreffende EU-burgers geen afgeleid verblijfsrecht opleverden, zal deze uitbreiding van het personenverkeer in toekomstige rechtspraak voor de Nederlandse rechter ongetwijfeld worden ingeroepen. Het laatste woord is hier nog niet over gezegd.

20. HvJ EU 19 oktober 2004, zaak C-200/02, *Chen*, ECLI:EU:C:2004:639, par. 34-41.

21. HvJ EU 18 november 2008, zaak C-158/07, *Förster*, ECLI:EU:C:2008:630.

22. *Akrich*, par. 57.

23. Zie hierover eveneens P. Boeles e.a., *European Migration Law*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 63.

24. De zaak *G.* is inmiddels ingetrokken.

25. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3179, punt 4.3.

26. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3184.

27. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3172, punt 6.4.