

Beperkingen van het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden in de lidstaten van de EU: Uit het oog, maar niet uit het hart?

Mr. dr. H. van Eijken en H.H.C. Kroeze LLM*

Het recht van vrij verkeer en verblijf van EU-burgers en hun familieleden in de EU wordt geregeld door de Burgerschapsrichtlijn. Dit recht is echter niet absoluut en kan worden geweigerd of ingetrokken wanneer een EU-burger onvoldoende inkomsten heeft om voor zichzelf en voor zijn familie te zorgen. Familieleden die geen EU-nationaliteit bezitten, hebben een recht om te verblijven in een gastlidstaat, wanneer zij hun familielid, die EU-burger is, begeleiden of zich bij deze EU-burger voegen. In de twee zaken die in dit artikel centraal staan, worden deze twee voorwaarden voor het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden door het Hof van Justitie nader uitgelegd.

HvJ 2 oktober 2019, zaak C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 (Ermira Bajratari/Secretary of State for the Home Department)

HvJ 10 september 2019, zaak C-94/18, ECLI:EU:C:2019:692 (Nalini Chenchooliah/Minister for Justice and Equality)

Inleiding

Al sinds de Middeleeuwen kennen we in Nederland het spreekwoord ‘uit het oog, uit het hart’. Dat wil zeggen ‘zoodra iemand afwezig of vertrokken is, wordt hij licht vergeten, want die dinc die uten oghen es es uter herten

syds ghewes’.¹ Hoe zit dat in de huidige tijd met EU-burgers en hun familieleden die niet meer voldoen aan de voorwaarden die de Burgerschapsrichtlijn² aan hun verblijf stelt: vallen zij helemaal buiten de werkingssfeer en wat betekent dat voor hun verblijfsrecht of hebben zij toch nog een bepaalde bescherming, omdat ze ooit wel in de werkingssfeer vielen?

De Burgerschapsrichtlijn is van toepassing op EU-burgers die verblijven in een andere lidstaat dan die waarvan ze de nationaliteit hebben en op hun familieleden die geen EU-nationaliteit bezitten die hen begeleiden of zich bij hen voegen. Op grond van de Richtlijn kunnen EU-burgers met een geldige legitimatie drie maanden in een andere lidstaat verblijven, zonder dat er nadere voorwaarden gelden. Na die drie maanden moet een EU-burger ofwel een volledige ziektekostenverzekering hebben en voldoende middelen van bestaan (art. 7 lid 1 onder b Burgerschapsrichtlijn) of economisch actief zijn als werknemer of zelfstandige (art. 7 lid 1 onder a Burgerschapsrichtlijn) of studeren (art. 7 lid 1 onder c Burgerschapsrichtlijn). Bajratari heeft de nationaliteit van een derde land en is de ouder van een EU-burger die niet voldoet aan de inkomenseis voor verblijf in de gastlidstaat, waardoor zij het land moeten verlaten. Chenchooliah is familielid van een EU-burger en blijft achter in de gastlidstaat nadat haar man terugkeert naar zijn thuislidstaat.

1. Nr. 1691 van F.A. Stoett, *Nederlandsche spreekwoorden, spreekwijzen, uitdrukkingen en gezegden*, Zutphen: W.J. Thieme & Cie 1923-1925 (vierde druk), p. 106.
2. 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 de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU* 2004, L 158/77 (Burgerschapsrichtlijn).

* Mr. dr. H. (Hanneke) van Eijken is onderzoeker bij the Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) en the Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE) van de Universiteit Utrecht. H.H.C. (Hester) Kroeze LLM is promovenda Europees recht aan de Universiteit Gent, Ghent European Law Institute.

Deze zaken zijn beide van belang voor het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden: het eerste arrest is van belang voor de voorwaarden voor dit verblijfsrecht, terwijl de tweede zaak van belang is voor de mogelijkheden om een verblijfsrecht van een familielid van een EU-burger te beëindigen. Beide zaken worden eerst apart besproken en vervolgens gaan we in op de specifieke betekenis van de arresten en wat deze zaken betekenen voor de werkingssfeer en de specifieke verblijfsvoorwaarden van de richtlijn. In beide gevallen raken de betrokkenen ‘uit het oog’. Bevinden zij zich dan buiten de reikwijdte en de bescherming van het EU-recht en daarmee ook ‘uit het hart’, waarmee zij van alle procedurele waarborgen die het EU-recht biedt verstoken zijn? Of worden zij toch niet helemaal vergeten?

De zaak *Bajratari*: voldoende middelen van bestaan

De zaak *Bajratari*³ betreft een Albanese staatsburger, mevrouw Bajratari, die in Noord-Ierland verblijft sinds 2012, en gehuwd is met een Albanese onderdaan die op basis van een eerder huwelijk met een EU-burger een verblijfskaart had gekregen om in het VK te verblijven. Het echtpaar Bajratari heeft drie kinderen, allen geboren in Noord-Ierland, van wie twee kinderen de Ierse nationaliteit hebben verkregen. De heer Bajratari werkt in Noord-Ierland zonder geldige werkvergunning, zodat zijn inkomsten als onrechtmatig worden aangemerkt door de Britse autoriteiten. De vraag voor het Hof van Justitie is of onrechtmatig verkregen inkomsten onder de definitie vallen van ‘voldoende middelen van bestaan’, zoals vereist door artikel 7 lid 1 onder b Burgerschapsrichtlijn. In de onderhavige zaak betreft het een ‘*Chen*-situatie’: dat wil zeggen dat het twee minderjarige EU-burgers betreft die met hun derdelanderouder(s) in een andere lidstaat verblijven, namelijk in het Verenigd Koninkrijk. Sinds het arrest *Zhu en Chen*⁴ is duidelijk dat in die situatie de ouders met de nationaliteit van een derde land een afgeleid verblijfsrecht kunnen krijgen om het verblijf van hun kinderen met een EU-nationaliteit te faciliteren. In dat geval moeten de ouders wel voldoen aan de voorwaarden uit de Burgerschapsrichtlijn en daarom voldoende middelen van bestaan en een ziektekostenverzekering hebben. In *Zhu en Chen* oordeelde het Hof van Justitie dat de *herkomst* van de voldoende middelen niet per se bepalend is: het feit dat niet de EU-burger zelf maar wel zijn ouder met een derde nationaliteit de voldoende middelen van bestaan heeft, is acceptabel. In deze situatie is de vraag

of dit soort inkomsten ook zonder werkvergunning kunnen worden verdiend.⁵

Het Hof van Justitie overweegt in de eerste plaats dat minderjarige EU-burgers die nooit gebruik hebben gemaakt van het recht op vrij verkeer, maar zijn geboren in een lidstaat waarvan ze de nationaliteit niet hebben, een beroep kunnen doen op artikel 21 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en de Burgerschapsrichtlijn om in die lidstaat te verblijven.⁶ Aan dat verblijfsrecht wordt de voorwaarde gesteld dat de EU-burger voldoende middelen van bestaan heeft, omdat een EU-burger geen onredelijke belasting mag vormen voor het socialebijstandstelsel in een andere (gast)lidstaat. In dat kader oordeelt het Hof van Justitie in *Bajratari* dat de nationale maatregel in deze zaak geschikt is om te voorkomen dat een EU-burger ten laste komt van het socialebijstandstelsel van een lidstaat, omdat er bij onrechtmatige arbeid een groter risico is dat die inkomsten wegvallen en de EU-burgers alsnog ten laste gaan komen van het socialezekerheidsstelsel.⁷ Dit risico wordt echter ondervangen door artikel 14 Burgerschapsrichtlijn dat de lidstaten de mogelijkheid biedt om ‘in specifieke gevallen van redelijke twijfel over de vraag, of een burger van de Unie of zijn familieleden wel voldoen aan de voorwaarden’ te verifiëren of er voldoende middelen van bestaan zijn. Het is daarbij echter, volgens het Hof van Justitie, niet noodzakelijk om bij voorbaat onrechtmatige inkomsten uit te sluiten. Het Hof van Justitie voegt daaraan toe dat een beperking van de afkomst van inkomsten op gespannen voet staat met het doel van de Burgerschapsrichtlijn, die beoogt het vrij verkeer van EU-burgers te vergemakkelijken en te versterken.⁸ Bovendien stelt de Burgerschapsrichtlijn zelf geen voorwaarden ten aanzien van de herkomst van bestaansmiddelen.⁹ Het stellen van de voorwaarde dat die middelen uit een rechtmatige arbeidsbetrekking zijn verkregen zou een extra voorwaarde zijn voor een verblijfsrecht. Met een dergelijke extra voorwaarde wordt afgeweken van het wettelijk kader en die voorwaarde zou een onevenredige inmen-ging vormen in de uitoefening van het recht van vrij verkeer en verblijf.¹⁰ De familie Bajratari heeft in de tien jaar voorafgaand aan het arrest geen sociale bijstand ontvangen en had eveneens een volledig dekkende ziektekostenverzekering.¹¹ De bestaansmiddelen hebben het gezin reeds tien jaar in de gelegenheid gesteld om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien, zo overweegt het Hof van Justitie. In die context oordeelt het Hof van Justitie dat het gezin niet kan worden tegengeworpen

3. HvJ 10 september 2019, zaak C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 (*Bajratari*), punt 9-15.

4. HvJ 19 oktober 2004, zaak C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 (*Zhu en Chen*). Zie ook A. Pahladsingh en I.M. Uitermark, ‘De ontwikkelingen rond artikel 18 EG: nieuwe uitgangspunten opgesteld door het Hof?’, *NtEr* 2005-3/4.

5. *Bajratari*, punt 16-17.

6. HvJ 13 september 2016, zaak C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 (*Rendón Marin*) en HvJ 2 oktober 2003, zaak C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 (*García Avello*); zie ook in de eerste EU-burgerschapszaak: HvJ 12 mei 1998, zaak C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217 (*Martínez Sala*).

7. *Bajratari*, punt 38-39.

8. *Bajratari*, punt 47.

9. Zaken *Zhu en Chen*, *Rendón Marin* en HvJ 10 oktober 2013, zaak C-86/12, ECLI:EU:C:2013:645 (*Aloka en Moudoulou*).

10. *Bajratari*, punt 42.

11. *Bajratari*, punt 45.

dat de inkomsten zijn verkregen zonder een werk- of verblijfsvergunning.

Het Hof van Justitie gaat vervolgens in op het verweer van het Verenigd Koninkrijk dat de maatregel nodig is ter bescherming van de openbare orde.¹² Het begrip ‘openbare orde’ moet echter strikt worden opgevat en kan alleen worden toegepast wanneer er sprake is van een ‘werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging’. Gelet op de omstandigheden is er in casu niet aan die voorwaarden voldaan, zodat de maatregel evenmin op deze gronden gerechtvaardigd kan worden.¹³

De zaak Chenchooliah: uitzettingsmogelijkheden

Chenchooliah is een onderdaan van Mauritanië die in 2005 met een studentenvisum Ierland is binnen gereisd. In 2011 is ze getrouwd met een Portugees staatsburger en heeft zij de Ierse autoriteiten verzocht om een verblijfsstatus als echtgenote van een EU-burger. Haar aanvraag werd afgewezen omdat haar echtgenoot onvoldoende middelen van bestaan had en daarmee niet voldeed aan de voorwaarden voor rechtmatig verblijf voor langer dan drie maanden die in artikel 7 lid 1 onder b Burgerschapsrichtlijn zijn neergelegd. Ondanks de afwijzing van de verblijfsaanvraag is het echtpaar in Ierland gebleven totdat Chenchooliah’s Portugese echtgenoot naar Portugal terug moest keren om daar een gevangenisstraf uit te zitten. Chenchooliah diende een verzoek in bij de minister om in Ierland te mogen blijven. Ook dit verzoek wees de minister af, omdat zij niet aan de voorwaarden voor een afgeleid verblijfsrecht voldeed. Haar echtgenoot was immers teruggekeerd naar Portugal, zodat ze niet meer beschouwd kon worden als het familielid van een EU-burger die gebruikt had gemaakt van het recht op vrij verkeer. Daarnaast genoot ze ook al geen rechtmatig verblijf toen haar echtgenoot zich wel nog in Ierland bevond, omdat hij niet aan het middelenvereiste voldeed. Daarom zijn de Ierse autoriteiten een uitzettingsprocedure tegen Chenchooliah begonnen. Aan die nationale procedure is ook een verbod om Ierland binnen te komen voor onbepaalde tijd gekoppeld. Artikel 15 lid 3 Burgerschapsrichtlijn bepaalt dat een dergelijk terugkeerverbod niet mag worden opgelegd. Als de situatie onder het nationale recht valt, dan is de oplegging ervan echter mogelijk wel toelaatbaar.¹⁴ Vandaar dat in deze zaak de essentiële vraag rees of Chenchooliah nog onder de Burgerschapsrichtlijn viel en daarom onder die procedurele waarborgen moest worden uitgezet of dat ze in een dergelijke situatie terug zou vallen op het nationale recht. Daarnaast was de vraag welke waarborgen er gelden met betrekking tot uitzetting van een familielid van een EU-

burger die niet langer voldoet aan de voorwaarde dat hij/zij zich bij die Unieburger voegt (art. 3 lid 1 Burgerschapsrichtlijn): de strikte waarborgen van artikel 27 Burgerschapsrichtlijn of die lichtere voorwaarden van artikel 15 Burgerschapsrichtlijn of is het aan nationaal recht om de uitzettingsprocedure in te vullen?

Het Hof van Justitie stelt vast dat in de situatie van Chenchooliah verblijf voor langer dan drie maanden is geweigerd op grond van artikel 7 Burgerschapsrichtlijn. Chenchooliah en haar echtgenoot hebben wel voor enige tijd verblijf gehad op grond van artikel 6 Burgerschapsrichtlijn, dat het verblijfsrecht voor minder dan drie maanden regelt,¹⁵ maar het begrip ‘begunstigde’ in de zin van deze bepaling is een “*dynamisch begrip*” in die zin dat de hoedanigheid van begunstigde, ook al is zij in het verleden verworven, later kan worden verloren’ wanneer de voorwaarden niet langer worden vervuld.¹⁶ Sinds de terugkeer van haar echtgenoot naar Portugal voldoet Chenchooliah niet langer aan de voorwaarde dat zij zich bij een EU-burger in de gastlidstaat voegt of hem daarnaartoe begeleidt, waardoor zij niet meer aangemerkt kan worden als ‘begunstigde’ in de zin van artikel 3 lid 1 Burgerschapsrichtlijn.¹⁷ Chenchooliah kan daarom geen beroep doen op artikel 12 en 13 Burgerschapsrichtlijn die erin voorzien dat familieleden van EU-burgers hun verblijfsrecht in de gastlidstaat kunnen behouden in geval van scheiding, overlijden of bepaalde bijzondere omstandigheden. Zij kan ook geen rechten ontlenen aan artikel 27, 28 en 29 Burgerschapsrichtlijn, die bepalen dat uitzetting alleen plaats kan vinden wanneer er sprake is van een ‘werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging’ van de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid in een lidstaat.¹⁸ Dit betekent echter niet dat Chenchooliah geheel buiten de werkingssfeer van de Burgerschapsrichtlijn valt, waardoor zij uitsluitend op het nationale recht zou zijn aangewezen. De Burgerschapsrichtlijn voorziet namelijk in een volledig systeem van ‘regels om de situatie te regelen die voortvloeit uit het verlies van een van die rechten’.¹⁹ Artikel 15 Burgerschapsrichtlijn voorziet in de voorwaarden waaronder het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden die volgen uit andere redenen dan openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid kan worden beperkt. Artikel 30 en 31 Burgerschapsrichtlijn, waarin bepaalde minimale procedurele waarborgen zijn neergelegd, zijn voor die situaties van overeenkomstige toepassing verklaard, voor zover ze

12. Art. 27-28 Burgerschapsrichtlijn.

13. *Bajratari*, punt 49-52.

14. HvJ 2 oktober 2010, zaak C-93/18, ECLI:EU:C:2019:692 (*Chenchooliah*), punt 28-49.

15. *Chenchooliah*, punt 59-60.

16. *Chenchooliah*, punt 62. Cursivering toegevoegd. Het Hof van Justitie sluit hiermee aan bij de analyse van A-G Szpunar die het idee van een ‘dynamisch begrip’ introduceert. A-G Szpunar baseert zijn visie over het dynamische karakter van het begrip begunstigde op een analyse van de arresten *Metock* en *Lounes* die het Hof van Justitie niet herhaalt en die ook niet relevant is voor de analyse in dit artikel. Zie eveneens de bijdrage van Beryl ter Haar over het arrest *Tarola* over dynamische statussen en bescherming elders in deze aflevering van *NtEr*.

17. *Chenchooliah*, punt 59-60.

18. *Chenchooliah*, punt 63-67. Citaat uit punt 66; Conclusie A-G Szpunar 21 mei 2019, zaak C-95/18, ECLI:EU:C:2019:433 (*Chenchooliah*), punt 91-97.

19. *Chenchooliah*, punt 68-70. Citaat uit punt 70.

daar geschikt voor zijn. Deze bescherming bestaat uit de toegang tot beroepsmogelijkheden (art. 31 lid 1), de toepassing van een evenredigheidstoets (art. 31 lid 3) en de grondrechtenbescherming van het EU Handvest (art. 51 lid 1 Handvest).²⁰ Daarnaast bepaalt artikel 15 lid 3 Burgerschapsrichtlijn dat een beperking van dat verblijfsrecht niet verbonden kan worden aan een verbod om het grondgebied binnen te komen.²¹

Analyse van de jurisprudentie: de 'levenscyclus' van het vrij verkeer

De arresten *Bajratari* en *Chenchooliah* passen in wat de advocaat-generaal de 'levenscyclus' van het vrij verkeer noemt.²² Deze 'levenscyclus' hangt samen met een 'gedifferentieerde bescherming' die de Burgerschapsrichtlijn biedt. Die gedifferentieerde bescherming van de Burgerschapsrichtlijn is het duidelijkst te zien in het onderscheid tussen verblijf van minder dan drie maanden, verblijf van langer dan drie maanden, en verblijf van langer dan vijf jaar in de gastlidstaat.²³ De Burgerschapsrichtlijn is echter niet beperkt tot de voorwaarden om een verblijfsrecht *te verkrijgen en te behouden*, maar bepaalt ook de voorwaarden waaronder het verblijfsrecht kan worden *verloren*. Het verlies van het verblijfsrecht impliceert daarom niet dat de bescherming door de Burgerschapsrichtlijn vervalt.²⁴ Uit het oog betekent dus niet dat de betrokkene ook volledig uit het hart van de EU verdwenen is.

Voldoende middelen van bestaan

Bajratari gaat over de uitleg van het middelenvereiste voor economisch niet actieve EU-burgers die zich in een andere lidstaat dan de lidstaat van hun nationaliteit willen vestigen. Het Hof van Justitie accepteert niet dat lidstaten het middelen criterium strikt toepassen en motiveert dit oordeel door te verwijzen naar de tekst van de Burgerschapsrichtlijn.²⁵ Het Hof van Justitie bevestigt hiermee de uitspraak in het arrest *Zhu en Chen* en de jurisprudentie die daarop volgde. In die rechtspraak overwoog het Hof van Justitie dat alle eisen die aan het inkomen van de EU-burger worden gesteld die niet in de Burgerschapsrichtlijn vermeld staan, niet mogen worden opgelegd, want daarmee zou er in feite een voorwaarde met betrekking tot de herkomst van de mid-

delen aan de Burgerschapsrichtlijn worden toegevoegd, die niet past in het principe dat het recht op vrij verkeer ruim uitgelegd moet worden.²⁶ De herkomst van de middelen waarover de EU-burger beschikt, heeft immers geen invloed op de vraag of deze middelen toereikend zijn, waardoor de EU-burger geen onredelijke financiële last voor die lidstaat zal worden.²⁷ Het verschil tussen *Bajratari* en *Zhu en Chen* is dat de inkomsten van de vader van *Zhu* rechtmatig waren, terwijl ze in *Bajratari* zonder werkvergunning verkregen zijn.²⁸ Het Verenigd Koninkrijk voert aan dat de inkomsten daarom precair zijn en gemakkelijker weg zouden kunnen vallen, zodat ze niet in acht genomen hoeven worden voor de beoordeling van voldoende middelen die nodig zijn voor een verblijfsrecht op grond van de Burgerschapsrichtlijn. Het risico dat de bestaansmiddelen wegvallen, wordt echter ondervangen door artikel 14 lid 2 Burgerschapsrichtlijn, op grond waarvan een lidstaat kan controleren of een begunstigde van de richtlijn steeds aan de voorwaarden voor het verblijfsrecht voldoet.²⁹ *Bajratari* verduidelijkt dus dat lidstaten voor de beoordeling van het bestaan van een verblijfsrecht niet alleen de herkomst van de middelen van een EU-burger buiten beschouwing moeten laten, maar ook niet mee mogen wegen of de inkomsten precair zijn. Lidstaten zouden anders ook de inkomsten uit tijdelijke contracten of uit contracten zonder vaste uren kunnen aanmerken als onvoldoende om te voldoen aan de verblijfsvoorwaarde. In dat geval zou het voor de kinderen van tijdelijke krachten en oproepkrachten veel moeilijker zijn om hun vrijverkeersrechten uit te oefenen dan voor kinderen van ouders met een vast contract. Die situatie zou in strijd zijn met de doelstelling van de Burgerschapsrichtlijn om het recht op vrij verkeer en verblijf te vergemakkelijken en te versterken.³⁰

De interpretatie van de Burgerschapsrichtlijn in *Bajratari* komt overeen met de doelstelling om de effectiviteit van het verblijfsrecht van minderjarige EU-burgers in andere lidstaten te kunnen garanderen door hun ouders eveneens dit verblijfsrecht toe te kennen. Als dit verblijfsrecht wordt geweigerd omdat de inkomsten van de ouders precair zijn omdat ze geen verblijfsrecht hebben, dan is dit een cirkelredenering. De toekenning van het verblijfsrecht heft de onzekerheid van de verblijfsituatie van de ouders en daarmee de onzekerheid van onregelmatige inkomsten immers op, waardoor het argument tegen de legitimiteit van deze inkomsten wegvalt. Szpu-

20. *Chenchooliah*, punt 80-85.

21. *Chenchooliah*, punt 71-77. Conclusie A-G Szpunar, *Chenchooliah*, punt 98-106.

22. Conclusie A-G Szpunar, *Chenchooliah*, punt 70.

23. Art. 6, 7 en 16 Burgerschapsrichtlijn.

24. Conclusie A-G Szpunar, *Chenchooliah*, punt 68-75.

25. *Bajratari*, punt 42-46.

26. *Zhu en Chen*, punt 28-33; HvJ 23 maart 2006, zaak C-408/03, ECLI:EU:C:2006:192 (*Commissie/België*), punt 40-41; *Aloka en Moudoulou*, punt 27; *Rendón Marín*, punt 48-49; *Bajratari*, punt 30-33.

27. *Zhu en Chen*, punt 32-33 met verwijzing naar HvJ 17 september 2002, zaak C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493 (*Baumbast en R*), punt 90-91; *Rendon Marín*, punt 45-46; *Bajratari*, punt 35-36 met verwijzing naar HvJ 19 september 2013, zaak C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (*Brey*), punt 70.

28. M. Haag, 'Case C-93/18 *Bajratari* – Unlawful Employment and the Right to Free Movement', European Law Blog, 7 oktober 2019, beschikbaar op <https://europeanlawblog.eu/2019/10/07/case-c-93-18-bajratari-unlawful-employment-and-the-right-to-free-movement/>.

29. *Bajratari*, punt 30-42.

30. *Bajratari*, punt 47.

nar noemt dit de situatie ‘van de slang die in haar eigen staart bijt’.³¹ Net als in *Ruiz Zambrano*³² blijkt uit *Bajratari* nog eens hoe het verblijfsrecht en het recht om arbeid te verrichten met elkaar verweven zijn. Als de ouders geen recht om te werken wordt toegekend dan wordt het kind alsnog het nuttig effect van de rechten die aan het Unieburgerschap verbonden zijn ontzegd.³³ In diezelfde lijn stelde advocaat-generaal Mengozzi eerder in zijn conclusie bij het arrest *Alokpa en Moudoulou* dat bij de voldoende inkomsten van de Unieburger ook toekomstige inkomsten meegerekend zouden moeten worden.³⁴ In dit arrest bestonden die toekomstige inkomsten eruit dat Alokpa een baan aangeboden had gekregen in Luxemburg, waar ze met haar kinderen woonde, op voorwaarde dat ze legaal verblijf zou hebben. Het Hof van Justitie ging daar zelf in *Alokpa en Moudoulou* niet op in, zodat deze vraag nog onbeantwoord is.

Precaire of illegale middelen van bestaan

Ter verduidelijking van artikel 14 lid 2 Burgerschapsrichtlijn staat in de Richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG³⁵ dat de lidstaten de rechtmatigheid van de middelen die worden aangevoerd mogen verifiëren. Uit *Bajratari* kan begrepen worden dat ondanks de vaststelling van een mogelijke onregelmatigheid van middelen, deze omstandigheid er niet toe kan leiden dat die middelen niet meegerekend mogen worden bij de beoordeling van het verblijfsrecht. Een alternatieve uitleg zou zijn dat de vraag of de middelen precair zijn zich onderscheidt van de vraag of inkomsten rechtmatig en daarmee legaal zijn. In dat geval zou er wel onderscheid gemaakt kunnen worden tussen legale inkomsten die onregelmatig verkregen zijn wegens het gebrek aan een verblijfsvergunning en inkomsten die op illegale wijze verkregen zijn, door het verrichten van criminele activiteiten. Voor deze lezing is ook een aanwijzing te vinden in de conclusie van advocaat-generaal Szpunar. Hij overweegt dat de ‘onrechtmatigheid van de werkzaamheden van Bajratari’s echtgenoot in beginsel enkel voortvloeit uit het feit

dat zijn verblijfskaart vervallen is. (...) [E]en situatie waarin een werknemer belastingen en socialezekerheidsbijdragen betaalt (...) [kan] niet als strijdig met de bescherming van de openbare financiën van de lidstaten [...] worden beschouwd.’³⁶ Daaropvolgend, ‘het feit dat de bestaansmiddelen toereikend zijn en het feit dat middelen uit een criminele activiteit onrechtmatig zijn, [zijn] zonder enige twijfel twee totaal verschillende zaken’.³⁷ Zouden de inkomsten uit illegale (criminele) activiteiten wel uitgesloten mogen worden zodat de betrokkenen in dat geval niet aan de vereisten voor het verkrijgen van een verblijfsrecht zouden voldoen? Als het antwoord hierop bevestigend is dan zouden mogelijk artikel 14 en 15 Burgerschapsrichtlijn van toepassing zijn, zodat het verblijfsrecht in overeenstemming met die bepalingen moet worden geweigerd. Alternatief zou het verblijfsrecht zelf – wel al verkregen – mogelijk ingetrokken of geweigerd kunnen worden op grond van artikel 27 Burgerschapsrichtlijn.³⁸ De vraag die nog blijft staan is in welke categorie inkomsten vallen die niet door illegale activiteiten zijn verkregen, maar waarover ook geen sociale premies zijn afgedragen. Daarbij is van belang dat een EU-burger geen ‘onredelijke belasting’ mag vormen voor het socialezekerheidsstelsel van de gastlidstaat. Dat betekent dat een EU-burger wel een redelijke belasting mag vormen; het enkele feit dat een EU-burger een beroep doet op sociale voorzieningen mag geen reden zijn om het verblijfsrecht automatisch te beëindigen (art. 14 lid 3 Burgerschapsrichtlijn). In de onderhavige zaak speelde dat niet, omdat duidelijk was dat het gezin al jaren zonder sociale voorzieningen leefde en daarbij ook nog eens belasting afdroeg over de inkomsten die werden verdiend. In die specifieke context is het onevenredig om het verblijfsrecht te beëindigen vanwege precaire middelen van bestaan.

Uitzettingsmogelijkheden

Chenchooliah past in een lijn van jurisprudentie over de gevolgen voor het verblijfsrecht wanneer de EU-burger uit de gastlidstaat vertrekt en zijn derdelander-familie lid daar achterblijft. In *Kuldip Singh* overwoog het Hof van Justitie dat uit het systeem van de Burgerschapsrichtlijn volgt dat derdelander-familieleden van een EU-burger slechts een verblijfsrecht kunnen afleiden wanneer zij de EU-burger ‘begeleiden’ of ‘zich bij hem voegen’ in de gastlidstaat.³⁹ Bijgevolg bestaat dit verblijfsrecht alleen in de lidstaat waar die burger woont ‘en niet in een andere

31. Conclusie A-G Szpunar, *Bajratari*, punt 83. Zie ook de noot van J.-B. Farcy, ‘C.J.U.E., *Bajratari*, aff. C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 et x., aff. C-302/18, ECLI:EU:C:2019:830’, *CeDIE Centre Charles de Visscher pour le droit international et Européen*, 8 november 2019, onder 2.1, beschikbaar op <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-bajratari-aff-c-93-18-ecli-eu-c-2019-809-et-x-aff-c-302-18-ecli-eu-c-2019-830.html>.
32. H. van Eijken, ‘Ruiz Zambrano the aftermath: de impact van artikel 20 VWEU op de Nederlandse rechtspraak’, *NtEr* 2012/2, p. 41-48; A.P. van der Mei, S.C.G. van den Bogaert en G.R. de Groot, ‘De arresten Ruiz Zambrano en McCarthy’, *NtEr* 2011-6, p. 188-199.
33. M. Haag, ‘Case C-93/18 *Bajratari* – Unlawful Employment and the Right to Free Movement’, *European Law Blog*, 7 oktober 2019, beschikbaar op <https://europeanlawblog.eu/2019/10/07/case-c-93-18-bajratari-unlawful-employment-and-the-right-to-free-movement/>.
34. Conclusie A-G Mengozzi 21 maart 2013, zaak C-86/12, ECLI:EU:C:2013:197 (*Alokpa en Moudoulou*), punt 23-29.
35. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, COM(2009) 313 def, punt 2.3.1.

36. Conclusie A-G Szpunar, *Bajratari*, punt 65.
37. Conclusie A-G Szpunar, *Bajratari*, punt 66.
38. Zie ook Haag 2019.
39. HvJ 16 juli 2015, zaak C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476 (*Kuldip Singh*), punt 52-53. Art. 3 lid 1 en 7 lid 1 onder d Burgerschapsrichtlijn; HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449 (*Metock*), punt 86; HvJ 8 november 2012, zaak C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691 (*Yoshikazu lida*), punt 61.

lidstaat'.⁴⁰ Wanneer de Unieburger de gastlidstaat verlaat, voldoet het familielid van die burger van de Unie niet langer aan de voorwaarde dat hij de EU-burger 'begeleidt of zich bij hem voegt'.⁴¹ Omdat het verblijfsrecht van rechtswege ontstaat op grond van de Burgerschapsrichtlijn en de nationale erkenning hiervan slechts declaratoir is, is het door het vertrek van de Unieburger ook van rechtswege vervallen.⁴² Omdat het verblijfsrecht niet meer bestaat kan het niet behouden worden in overeenstemming met artikel 12 en 13 Burgerschapsrichtlijn die daarin voorzien in geval van overlijden van de Unieburger of scheiding, ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk of beëindiging van een geregistreerd partnerschap.⁴³ In dat geval kunnen ook artikel 27 en 28 Burgerschapsrichtlijn niet toegepast worden, omdat daarvoor eveneens vereist is dat het verblijfsrecht nog bestaat.⁴⁴

Kuldip Singh en *NA* zijn in de literatuur sterk bekritiseerd omdat het familielid dat wordt achtergelaten in de gastlidstaat nadat de Unieburger vertrokken is van alle bescherming verstoken is.⁴⁵ *Chenchooliah* lijkt hierop deels een antwoord te zijn. In *Kuldip Singh* bleef de redenering van het Hof van Justitie beperkt tot de vaststelling dat het verblijfsrecht van het familielid van de Unieburger vervallen was, waardoor de betrokkenen in die zaak niet langer in aanmerking kwamen voor een verblijfsrecht op grond van de Burgerschapsrichtlijn.⁴⁶ In *Chenchooliah* daarentegen vervolgt het Hof van Justitie de vaststelling dat *Chenchooliah* niet langer een begunstigde in de zin van de Burgerschapsrichtlijn is met de expliciete vraag of zij daardoor geheel buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt of dat het verlies van haar rechten ook door de richtlijn geregeld wordt.⁴⁷ 'Begunstigden' zijn alleen degenen die in aanmerking komen voor een verblijfsrecht op grond van Burgerschapsrichtlijn, maar de reikwijdte van de richtlijn is breder waardoor de rechtspositie van ex-begunstigden ook door die richtlijn geregeld wordt. Het verlies van de status van 'begunstigde' moet bijgevolg ook in overeenstemming zijn met de waarborgen waarin de Burgerschapsrichtlijn voorziet. Om binnen de werkingssfeer van de Burgerschapsrichtlijn te vallen is dus van belang om op enig moment als begunstigde te zijn aangemerkt. Daarvoor is het niet nodig om te voldoen aan de voorwaarden van artikel 7 Burgerschapsrichtlijn voor een verblijf van langer dan drie maanden, maar is het reeds voldoende om op grond van artikel 6 Burgerschapsricht-

lijn voor een periode van maximaal drie maanden te verblijven.⁴⁸

Voor EU-burgers en hun familieleden die verblijven in een lidstaat waarvan de EU-burger de nationaliteit niet heeft, bestaan er dus drie mogelijke situaties. In de eerste plaats biedt de Burgerschapsrichtlijn bescherming aan begunstigden van de richtlijn die een recht op verblijf hebben in de gastlidstaat. Dit verblijfsrecht kan enkel beperkt worden op grond van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid (art. 27 en 28 Burgerschapsrichtlijn). Die bescherming is heel ruim, zodat het niet gemakkelijk is om iemand op deze gronden uit te zetten. In de tweede plaats biedt de Burgerschapsrichtlijn bescherming aan ex-begunstigden, die op enig moment als begunstigde werden aangemerkt, maar nu niet meer aan de voorwaarden voor die status voldoen, zodat hun verblijfsrecht volgens artikel 14 Burgerschapsrichtlijn is opgehouden te bestaan. Hun rechtspositie kan alleen aangetast worden in overeenstemming met artikel 14 en 15 Burgerschapsrichtlijn. De intrekking van het verblijfsrecht moet hiermee in overeenstemming zijn, maar ook een eventuele verwijdering van het grondgebied van de lidstaat *na* intrekking is hieraan gebonden. De derde en laatste beschermingsgraad ziet dan op situaties die nooit door het Unierecht zijn beheerst, bijvoorbeeld omdat de EU-burger en zijn familielid nooit in dezelfde lidstaat hebben gewoond,⁴⁹ of in een zuiver interne situatie. In dat geval kan de betrokkene voor het verlies van een verblijfsrecht alleen bescherming ontnemen aan het nationale en het internationale recht, waaronder bijvoorbeeld het EVRM.

De belangrijkste uitwerking van de uitspraak in *Chenchooliah* is dat daardoor ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van toepassing is. Het Handvest is immers alleen van toepassing binnen de werkingssfeer van het Unierecht,⁵⁰ dus onder andere wanneer de Burgerschapsrichtlijn van toepassing is. Daarnaast betekende het in de zaak *Chenchooliah* dat er bij het verwijderingsbesluit geen terugkeerverbod mocht worden opgelegd. Of het Handvest nog meer bescherming biedt, is overigens nog maar de vraag, maar dit zou per situatie kunnen verschillen.

Implicaties voor de rechtspraktijk

In Nederland heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in zijn jurisprudentie geoordeeld dat inkomsten uit 'zwart werk' niet worden meegeteld als middelen van bestaan in de zin van de Burgerschapsrichtlijn.⁵¹ In België is het op grond van overwegingen

40. *Kuldip Singh*, punt 55, cursivering toegevoegd. *Yoshikazu Iida*, punt 63-64; HvJ 10 juli 2014, zaak C-244/13, ECLI:EU:C:2014:2068 (*Ewaan Fred Ogieriakhi*), punt 39.

41. *Kuldip Singh*, punt 57-58; art. 14 Burgerschapsrichtlijn.

42. *Kuldip Singh*, punt 62. HvJ 30 juni 2016, zaak C-115/15, ECLI:EU:C:2016:487 (*NA*).

43. *Kuldip Singh*, punt 58-63.

44. *Metock*, punt 94-95; *Chenchooliah*, punt 63-64.

45. F. Gremmelprez, 'Het behoud van verblijfsrecht in hoofde van een delandier in geval van echtscheiding: vertrek versus huiselijk geweld', *Sociaal-Economische Wetgeving* 2017, nr. 6, p. 282-284.

46. *Kuldip Singh*.

47. *Chenchooliah*, punt 68-70.

48. *Chenchooliah*, punt 74-76.

49. *Yoshikazu Iida en Oghieriakhi*.

50. Art. 51 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

51. ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3170, AB 2018/264, m.nt. Klaassen. Zie noot van P.E. Minderhoud bij ABRvS 25 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2502 in JV 2019/160.

van openbare orde vaste praktijk om de inkomsten van een EU-burger niet in overweging te nemen wanneer ze uit onregelmatige arbeid voortkomen.⁵² In Italië wordt van EU-burgers gevraagd om de legaliteit en de authenticiteit van hun inkomsten te bewijzen.⁵³ Voor zover deze inkomsten onregelmatig zijn wegens het gebrek aan een werkvergunning volgt uit *Bajratari* dat deze praktijk wellicht herzien moet worden, maar inkomsten waar geen belasting over is betaald, zouden waarschijnlijk wel uitgesloten kunnen worden van de bestaansmiddelen van een EU-burger. *Bajratari* duidt er immers op dat het van belang is dat er sociale premies worden afgedragen, omdat anders een onevenredige druk op de staatsfinanciën kan ontstaan. Daarnaast is nog niet duidelijk hoe het Hof van Justitie zal omgaan met inkomsten uit criminele activiteiten, al zou het logisch zijn als deze ook buiten de Burgerschapsrichtlijn zouden vallen.

Een tweede vraag gaat over de situatie waarin de verplichtingen die volgen uit de Burgerschapsrichtlijn kunnen botsen met verplichtingen uit de Terugkeerrichtlijn.⁵⁴ De zaak *Chenchooliah* betrof een Ierse zaak, een lidstaat waar de Terugkeerrichtlijn niet van toepassing is. De concrete consequentie was dat aan haar geen inreisverbod mocht worden opgelegd. Nu is de vraag hoe het Hof van Justitie de situatie van een ex-begunstigde uitlegt in de situatie waarin de Terugkeerrichtlijn wel van toepassing is, zoals in Nederland. Op basis van die Terugkeerrichtlijn is een lidstaat – in sommige gevallen – verplicht om een inreisverbod op te leggen (art. 11), wanneer iemand met de nationaliteit van een derde land verblijft zonder geldige verblijfstitel. Moet nu na *Chenchooliah* het sterkere beschermingsrecht als ex-begunstigde voorrang hebben, als een uitzondering op de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn? Die kans is aanzienlijk, maar het Hof van Justitie heeft hier in deze specifieke zaak geen oordeel over hoeven geven, omdat de Terugkeerrichtlijn geen rol speelde, maar alleen het Ierse besluit om een inreisverbod op te leggen. Een derde interessante vraag voor de werkingssfeer en het verblijfsrecht die in Nederland speelt is hoe om te gaan met iemand die op grond van artikel 6 Burgerschapsrichtlijn drie maanden heeft verbleven en die op grond van artikel 31 Burgerschapsrichtlijn wordt uitgezet. Heeft deze burger van de Unie bij een

onmiddellijke terugkeer naar het gastland het in artikel 6 lid 1 Burgerschapsrichtlijn bedoelde recht van verblijf van maximaal drie maanden of mag het gastland een nieuw besluit tot verwijdering nemen om te voorkomen dat de burger van de Unie het gastland telkens voor een korte periode binnenkomt? Die vraag komt aan de orde in de aanhangige zaak *FS*⁵⁵ In die drie eerste maanden geldt het vereiste van voldoende middelen van bestaan nog niet, dus wanneer iemand na een uitzetting op grond van artikel 31 Burgerschapsrichtlijn meteen weer recht heeft om opnieuw te verblijven, zou dat de effectiviteit van artikel 15 van de richtlijn uithollen. Tegelijkertijd bepaalt artikel 15 lid 3 Burgerschapsrichtlijn dat er geen inreisverbod mag worden opgelegd. De vraag is hoe deze tegenstrijdige belangen zich met elkaar verhouden en of het Hof van Justitie een redelijke termijn zal accepteren waarin de EU-burger ‘even’ moet wachten totdat er weer een verblijfsrecht van maximaal drie maanden kan worden uitgeoefend. Iemand die steeds wegens kleine vergrijpen wordt gepakt levert geen grond op voor verwijdering, maar vormt wellicht wel een onredelijke belasting voor de gastlidstaat? Maar welke consequenties en welke termijn kun je daaraan dan verbinden?

Conclusie: uit het oog, maar niet uit het hart

Bajratari en *Chenchooliah* hebben allebei betrekking op de ‘levenscyclus’ van de uitoefening van de vrijverkeersrechten in de Burgerschapsrichtlijn. In deze uitspraken heeft het Hof van Justitie de betekenis van artikel 14 en 15 Burgerschapsrichtlijn uitgelegd. Artikel 14 geeft lidstaten de bevoegdheid om te controleren of begunstigen van de Burgerschapsrichtlijn steeds aan de voorwaarden voor het verblijfsrecht voldoen. Het bestaan van deze mogelijkheid sluit evenwel uit dat lidstaten bij de beoordeling van het bestaan van het verblijfsrecht mogen betrekken of de inkomsten die worden aangevoerd als voldoende middelen in de zin van artikel 7 lid 1 onder b Burgerschapsrichtlijn precair zijn of niet. Het risico dat deze inkomsten wegvallen en het verblijfsrecht ophoudt te bestaan, dat het Verenigd Koninkrijk in *Bajratari* aanvoerde ter rechtvaardiging van de nationale maatregel om zulke inkomsten niet mee te rekenen, wordt immers ondervangen door de controlebevoegdheid in artikel 14 Burgerschapsrichtlijn. Artikel 15 Burgerschapsrichtlijn regelt de situatie van ex-begunstigen die het verblijfsrecht op grond van de richtlijn hebben verloren. De intrekking van hun verblijfsrecht én de oplegging van een verwijderingsbesluit moeten de procedurele waarborgen daarvoor in de Burgerschapsrichtlijn respecteren, zelfs als het verblijfsrecht reeds verloren is gegaan: ze zijn – mogelijk net als de echtgenoot van *Chenchooliah* – uit het oog, maar niet

52. Cass., 2 janvier 2013, P.12.2019.F.; CCE, arrêt du 29 avril 2019, n° 220.442 et arrêt du 23 mars 2018, n° 201.671. Zie P. d’Huart, ‘Le travail au noir peut constituer un danger pour l’ordre public et la sécurité nationale justifiant un éloignement sans délai de départ volontaire’, *Cahiers EDEM*, maart 2013, beschikbaar op <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cass-2e-ch-arret-nop-12-2019-f-4-2-janvier-2013.html>. Zie ook Farcy 2019, onder 2.1.

53. P. Minderhoud, ‘Sufficient resources and residence rights under directive 2004/38’, in: H. Verschueren (red.), *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU Law defines where they belong*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 47-72, p. 52-54. Met verwijzing naar European Citizen Action Service, ‘Comparative study on the application of Directive 2004/38’, Study for the European Parliament Committee on Legal Affairs, PE 410.650, 2009, p. 165 e.v.

54. Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *PbEU* 2008, L 348/98.

55. Zaak C-719/19, zie ook de verwijzingsuitspraak van de Raad van State, *ABRvS* 25 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3262, *JV* 2019/181.

volledig uit het hart. De werkingssfeer van de Burgerschapsrichtlijn kan dus worden gedefinieerd als de som van begunstigden en ex-begunstigden van het verblijfsrecht dat het EU-recht toekent. De materiële bescherming die zij genieten, verschilt al naar gelang respectievelijk artikel 27 en 28 of 14 en 15 Burgerschapsrichtlijn van toepassing zijn. Een derde mogelijk scenario is wanneer een situatie volledig buiten de werkingssfeer van het EU-recht valt, vergelijkbaar zoals in het arrest *Josemans. Bajratari* laat echter zien dat het EU-recht ook daarvan de grenzen bepaalt, omdat lidstaten precarieuze inkomsten niet buiten beschouwing mogen laten.

De vraag die overblijft, is hoe de toepassing van deze arresten in de praktijk zal uitpakken. In het bijzonder zijn er vragen over de relatie tussen de interpretatie door het Hof van Justitie van artikel 14 Burgerschapsrichtlijn en de instructies in de Richtsnoeren van de Commissie over de implementatie van de richtlijn. Ook de relatie tussen de Burgerschapsrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn vraagt om een nadere definiëring. De rechtsvragen blijven zich dus aandienen. Die zijn zelfs nooit uit het oog geweest.