

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
L. A. GEELHOED  
van 27 februari 2003<sup>1</sup>

I — Inleiding

1. In deze zaak heeft het Immigration Appeal Tribunal vragen gesteld op het gebied van het vrije personenverkeer. Meer in het bijzonder hebben de vragen van de verwijzende rechter betrekking op de rechten die aan het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend door een gemeenschapsonderdaan, die gehuwd is met een onderdaan van een derde land, en die haar land van herkomst verlaat en zich met haar echtgenoot voor een beperkte periode in een andere lidstaat vestigt en aldaar werkt. Kan deze gemeenschapsonderdaan bij terugkeer in de lidstaat van herkomst aanspraak maken op het recht dat het gemeenschapsrecht toekent aan migrerende werknemers, namelijk het recht dat haar echtgenoot zich met haar in de lidstaat van herkomst mag vestigen?

2. Deze zaak vindt zijn oorsprong in de samenloop van twee onderscheiden competentiegebieden. Het eerste competentiegebied betreft de immigratie. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht vormt de immigratiewetgeving een bevoegdheid van de lidstaten. Het gemeenschapsrecht laat de lidstaten de vrijheid hun wetgeving naar

eigen goeddunken in te richten. De lidstaten laten immigranten in het algemeen eerst toe na een individuele beoordeling van het geval. Zij kunnen daarbij strenge criteria hanteren en zij doen dit ook. Artikel 63 EG biedt weliswaar de mogelijkheid aan de gemeenschapswetgever om belangrijke delen van de immigratiewetgeving op communautair niveau vast te leggen, doch van die mogelijkheid heeft deze nog slechts zeer beperkt gebruik gemaakt.

3. In de praktijk heeft de bevoegdheid van de lidstaten vooral belang voor de behandeling van onderdanen van derde landen. De onderdanen van de lidstaten zijn namelijk goeddeels aan de nationale immigratieregels onttrokken vanwege het recht dat het gemeenschapsrecht hun toekent om te verblijven in een lidstaat waarvan zij niet de onderdaan zijn. Dit brengt mij bij het tweede competentiegebied, het vrije personenverkeer binnen de Europese Unie. Op dit gebied verleent het EG-verdrag rechtstreeks aanspraken aan onderdanen van de lidstaten en heeft voorts via secundaire gemeenschapswetgeving en via de rechtspraak van het Hof een bijna volledige harmonisatie van hun reis- en verblijfsrechten plaatsgevonden. De competentie wordt daarmee op het niveau van de Euro-

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

pese Unie uitgeoefend. Zoals ik verderop in deze conclusie meer in detail zal uiteenzetten legt het Hof de aanspraken van burgers van de Europese Unie op het gebied van het vrije personenverkeer ruim uit. Het recht om in een andere lidstaat te verblijven wordt beschouwd als een fundamenteel recht en dient daarom zo min mogelijk te worden beperkt. Zo blijven bij terugkeer in de eigen lidstaat bepaalde aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken in stand.

4. In het kielzog van de onderdanen van de lidstaten die zich in een andere lidstaat vestigen profiteren ook de gezinsleden van die onderdanen van de lidstaten van het verblijfsrecht, ook als zij zelf onderdaan zijn van een derde land. Een onderdaan van een lidstaat ontleent aan het gemeenschapsrecht namelijk niet alleen een individueel verblijfsrecht, maar hij heeft ook het recht zich te doen vergezellen van de echtgenoot (en andere gezinsleden). Het secundaire gemeenschapsrecht formuleert het recht van de echtgenoot om mee te gaan zelfs als een eigen recht van die echtgenoot. Hiermee is ook de echtgenoot van een migrerende burger van de Unie goeddeels onttrokken aan de toelatingseisen in de nationale immigratiewetgeving. En ook indien de migrerende burger terugkeert naar zijn eigen land kan de echtgenoot/derdelander blijven profiteren van het vrije personenverkeer binnen de Europese Unie, zo lijkt voort te vloeien uit het arrest Singh.<sup>2</sup> Dit arrest bepaalt dat de onderdaan van een lidstaat die als werknemer in een andere lidstaat heeft gewerkt bij terugkeer

het recht behoudt om zich te doen vergezellen van een echtgenoot, onafhankelijk van diens nationaliteit.

5. De onderhavige zaak speelt zich tegen deze achtergrond af. De heer Akrich, verzoeker in het hoofdgeding, is onderdaan van een derde land, zijn echtgenote is onderdaan van het Verenigd Koninkrijk. Vanwege zijn persoonlijke verleden wordt aan de heer Akrich de toegang tot het Verenigd Koninkrijk ontzegd, op basis van de nationale competentie op het gebied van de immigratie. Aangezien het gemeenschapsrecht minder strenge eisen stelt aan het verkrijgen van een verblijfstitel door de heer Akrich dan de nationale Britse wetgeving, doen betrokkenen vervolgens een beroep op het gemeenschapsrecht. En, zo blijkt uit de feiten van het hoofdgeding, zij doen niet alleen een beroep op het gemeenschapsrecht maar verblijven gedurende een zekere periode in Ierland teneinde te bereiken dat het gemeenschapsrecht op hen van toepassing is en niet de nationale Britse immigratiewetgeving.

6. Deze feiten van het hoofdgeding gebruik ik als illustratie voor het volgende. Op zichzelf is het uit oogpunt van vrij personenverkeer logisch dat de echtgenoot van de migrerende burger van de Unie is onttrokken aan de nationale competentie op het gebied van de immigratie. Zijn aanspraak op grond van het gemeenschapsrecht is vooral bedoeld om belemmeringen te voorkomen bij de uitoefening van het verblijfsrecht in een andere lidstaat door de

2 — Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, Jurispr. blz. I-4265).

EU-burger zelf. Het mag niet zo zijn dat de echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat niet mee mag verhuizen, indien deze onderdaan gebruik wil maken van een verdragsvrijheid en zich in een andere lidstaat wil vestigen.

een derde land zich op basis van de rechten die hij aan het gemeenschapsrecht ontleent als echtgenoot van een EG-onderdaan toegang tot een lidstaat, in casu het Verenigd Koninkrijk, wenst te verschaffen.

7. Deze logica geldt echter vooral echtgenoten/derdelanders die reeds tot het grondgebied van een lidstaat zijn toegelaten en die dus legaal op het grondgebied van de Europese Unie aanwezig zijn. Het is minder vanzelfsprekend ook een verblijfsrecht te geven op grond van het gemeenschapsrecht aan echtgenoten/derdelanders die nog niet zijn toegelaten of die zich — zoals in het geval van de heer Akrich — zonder verblijfstitel op het grondgebied van de Europese Unie bevinden. Het verblijfsrecht van de echtgenoot is iets anders dan toelating tot het grondgebied van de Europese Unie. Het onderhavige geval laat dat goed zien: in dit geval was de toelating tot de Europese Unie eerder door een lidstaat geweigerd op basis van een aan deze lidstaat toekomende competentie.

8. In deze zaak wordt het gemeenschapsrecht daarmee ingeroepen in een kwestie die zich in wezen op het terrein van de nationale competentie op het gebied van de immigratie bevindt. De kern van deze zaak is immers niet dat een *communautaire* werknemer zich bij de uitoefening van de aan haar door het EG-Verdrag toegekende vrijheid wil doen vergezellen door haar echtgenoot, maar dat een onderdaan van

9. Betrokkenen maken in deze zaak gebruik van de ruime mogelijkheden die het EG-recht op het gebied van het vrije personenverkeer binnen de Europese Unie biedt, waarbij zij zich onder meer baseren op het genoemde arrest Singh. Zij beogen hiermee de immigratiewetgeving, die het Verenigd Koninkrijk op basis van de hem toekomende competentie gerechtigd is vast te stellen en te handhaven, te ontgaan.

10. Hiermee kom ik bij het dilemma waarvoor het Hof een oplossing moet vinden. Moet de ruime rechtspraak van het Hof, zoals die onder meer tot uitdrukking komt in het arrest Singh, tot consequentie hebben dat nationale immigratiewetgeving steeds buiten toepassing moet blijven, waar het gaat om van buiten de Europese Unie afkomstige echtgenoten van gemeenschaps-onderdanen die, op het moment dat zij rechten konden gaan ontleenen aan het gemeenschapsrecht, zich nog niet legaal op het grondgebied van de Europese Unie bevinden? Dit dilemma is des te pregnanter nu het EG-recht op het gebied van het vrije personenverkeer de aard en de duur van het huwelijk niet toetst, terwijl die toets een belangrijk onderdeel vormt van de nationale immigratiewetgeving ter voorkoming van *schijnhuwelijken*.

## II — Juridisch kader

### A — Europees recht

11. Artikel 39 EG bepaalt, voorzover van belang:

„1. Het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is vrij.

2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om,

c) in één der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden.”

12. Teneinde het vrij verkeer van werknemers te vergemakkelijken is tot stand gebracht verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.<sup>3</sup> Deze verordening geeft regels voor de rechtspositie van de gezinsleden van de werknemer. Zo bepaalt artikel 10, lid 1:

„1. Met de werknemer die onderdaan is van een lidstaat en die op het grondgebied van een andere lidstaat is tewerkgesteld mogen zich vestigen, ongeacht hun nationaliteit:

a) zijn echtgenoot en bloedverwanten in neergaande lijn beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn;

[...].”

[...]

3 — PB L 257, blz. 2.

13. Ook wijs ik nog op een oudere, maar nog steeds geldende richtlijn, die verdere bepalingen bevat over het vrije verkeer van werknemers. Richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid<sup>4</sup> geeft onder meer regels inzake de toelating en verwijdering van personen om redenen van openbare orde en openbare veiligheid (en ook volksgezondheid). De weigering tot toelating en de verwijdering van personen is niet steeds toegestaan: Artikel 3 van de richtlijn bepaalt:

- „1. De maatregelen van openbare orde of openbare veiligheid moeten uitsluitend berusten op het persoonlijke gedrag van de betrokkene.
- 2. Het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen vormt op zichzelf geen motivering van deze maatregelen.[...]”

#### B — Nationaal recht van het Verenigd Koninkrijk

14. De immigratiewetgeving van het Verenigd Koninkrijk is in eerste instantie te vinden in de Immigration Act 1971 en de United Kingdom Immigration Rules<sup>5</sup> (hier-

na: „Immigration Rules”). Een persoon die geen Brits onderdaan is, mag in de regel slechts het Verenigd Koninkrijk binnenkomen of mag er verblijven wanneer hij daartoe een vergunning heeft gekregen. Die vergunning staat bekend als „leave to enter” (toelatingsbewijs) respectievelijk „leave to remain” (verblijfskaart). De Immigration Rules bepalen voorts onder meer, dat de onderdanen van bepaalde in bijlage 1 bij de Immigration Rules genoemde landen, waaronder Marokko, vóór aankomst in het Verenigd Koninkrijk een inreisvisum moeten verkrijgen.

Indien een persoon op grond van de Immigration Rules een toelatingsbewijs kan verkrijgen op het moment dat hij het Verenigd Koninkrijk wil binnenkomen, maar dit bewijs nog niet heeft, bepalen de Immigration Rules dat de toelating geweigerd kan worden aan deze persoon. Ook kan in bepaalde voorgeschreven omstandigheden een persoon, die in het bezit is van een dergelijk bewijs, niettemin toelating worden geweigerd.

15. Krachtens section 7(1) van de Immigration Act 1988 hoeft degene die krachtens een „afdwingbaar gemeenschapsrecht” het Verenigd Koninkrijk kan binnenkomen of aldaar kan verblijven, geen toelating tot het grondgebied of verblijfskaart te hebben. De Immigration (European Economic Area) Order 1994 bevat voorts bepalingen voor onderdanen van de landen van de Europese Economische Ruimte (andere dan onderdanen van het Verenigd Koninkrijk) die verdragsrechten in het Verenigd Koninkrijk uitoefenen of wensen uit te oefenen.

<sup>4</sup> — PB 1964, 56, blz. 850.

<sup>5</sup> — House of Commons Paper 395; in 1994 door het Parlement van het Verenigd Koninkrijk vastgestelde immigratieregels.

16. Iemand die verzoekt om toelating tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk kan dit doen op basis van zijn huwelijk met een persoon (waaronder een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk) die in het Verenigd Koninkrijk aanwezig en gevestigd is. De huwelijksband moet voldoen aan de eisen genoemd in paragraaf 281 van de Immigration Rules. Deze eisen luiden, voorzover van belang, als volgt:

„— verzoeker is gehuwd met een persoon die aanwezig en gevestigd is in het Verenigd Koninkrijk of die bij dezelfde gelegenheid de toelating krijgt om zich aldaar te vestigen;

— de partijen bij het huwelijk hebben elkaar ontmoet;

— elke partij is voornemens duurzaam met de andere te leven als zijn of haar echtgenoot en het huwelijk bestaat nog;

— partijen en hun personen ten laste zullen geschikte huisvesting hebben zonder beroep op overheidsmiddelen, met dien verstande dat zij een woning hebben die zij uitsluitend bezitten of bewonen;

— partijen zullen passend voorzien in hun eigen levensonderhoud en in dat van hun personen ten laste zonder beroep op de overheid.”

Iemand die voldoet aan deze eisen kan een inreisvisum krijgen. Na verlening van het inreisvisum kan hij verzoeken om toelating tot het grondgebied bij aankomst bij het grondgebied. Uitsluiting van deze personen is mogelijk uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid (artikelen 3 en 15 van de Immigration Rules).

17. Voorts kan de Secretary of State de binnenkomst of het verblijf van personen in het Verenigd Koninkrijk toestaan, ook al komen zij daarvoor volgens de bijzondere bepalingen van de Immigration Rules niet in aanmerking.

18. Volgens Section 3(5) en Section 3(6) van de Immigration Act kan iemand die geen Brits onderdaan is, worden uitgezet onder bepaalde omstandigheden waaronder veroordeling wegens een met hechtenis strafbaar feit en aanbeveling tot uitzetting door de strafrechter. Na ondertekening van een uitzettingsbevel door de

Secretary of State moet de betrokkene het Verenigd Koninkrijk verlaten, mag hij het Verenigd Koninkrijk niet binnenkomen en wordt elke toelating tot het grondgebied of verblijfskaart ongeldig.

19. Normaal gesproken hebben uitzettingsbevelen een onbeperkte duur. Volgens Section 5(2) van de Immigration Act kan de Secretary of State een uitzettingsbevel evenwel steeds intrekken. Volgens de Immigration Rules moet elk verzoek tot intrekking van een uitzettingsbevel worden beoordeeld tegen de achtergrond van alle omstandigheden, waaronder de redenen waarom het uitzettingsbevel is gegeven, de tot staving van de intrekking afgelegde verklaringen, de belangen van de maatschappij, waaronder de handhaving van een doeltreffende immigratiecontrole en de belangen van de verzoeker, waaronder familieomstandigheden. Eveneens volgens de Immigration Rules wordt een uitzettingsbevel normaal gesproken slechts ingetrokken bij wezenlijke verandering van de omstandigheden of na verloop van tijd. Normaal gesproken — heel uitzonderlijke omstandigheden daargelaten — kan een uitzettingsbevel slechts worden ingetrokken, indien de betrokkene gedurende ten minste 3 jaar na het geven van het bevel geen voet heeft gezet op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk.

20. Gelet op de paragrafen 320(2) juncto 321(3) van de Immigration Rules moet degene tegen wie een uitzettingsbevel geldt en die verzoekt het Verenigd Koninkrijk binnen te komen, een toelatingsbewijs en/of

een inreisvisum worden geweigerd, ook al voldoet hij voor het overige aan de vereisten voor binnenkomst. De betrokkene moet zijn uitzettingsbevel laten intrekken, alvorens hij een inreisvisum of toelating tot het grondgebied kan verkrijgen. Dit is niet anders indien deze persoon een andere hoedanigheid bezit op basis waarvan hij in aanmerking zou kunnen komen voor toelating tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk.

21. De Britse wetgeving bevat geen bijzondere bepaling voor een persoon die het Verenigd Koninkrijk wenst binnen te komen als echtgenoot van een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk die naar het Verenigd Koninkrijk terugkomt of wenst terug te komen na in een andere lidstaat als werknemer verdragsrechten te hebben uitgeoefend. Tegen de achtergrond van het arrest Singh<sup>6</sup> geniet een dergelijke persoon een „afdwingbaar gemeenschapsrecht” in de zin van Section 7(1) van de Immigration Act 1988 en van Section 2 van de European Communities Act 1972. Als zodanig behoeft hij geen toelating tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Wanneer hij evenwel een in bijlage 1 bij de Immigration Rules genoemde nationaliteit heeft, dient hij of zij vooraf een inreisvisum te hebben om het Verenigd Koninkrijk binnen te komen. Dat inreisvisum zal normaal gesproken worden verleend, doch kan worden geweigerd uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

6 — Aangehaald in voetnoot 2.

### III — Feiten en omstandigheden

22. In dit onderdeel van mijn conclusie geef ik de onderliggende feiten weer, zoals die in de hoofdprocedure zijn vastgesteld en die ten overstaan van het Hof ook niet zijn betwist.

23. Hacene Akrich is een op 27 maart 1967 geboren Marokkaans onderdaan. Zijn echtgenote Halina Jazdzewska is een op 9 juni 1963 geboren Brits onderdaan.

24. Op 14 juni 1988 werd Akrich de toelating tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk geweigerd. Akrich kwam op 12 februari 1989 het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk binnen als toerist, met een toeristenkaart voor een maand. Een verzoek om een verblijfskaart als student werd hem geweigerd op 20 juli 1989 en het daaropvolgende beroep werd afgewezen op 10 augustus 1990.

25. Op 22 juni 1990 werd hij schuldig bevonden aan poging tot diefstal en bezit van een gestolen identiteitskaart. Hij werd veroordeeld tot een boete van 250 GBP of een dag hechtenis voor elke overtreding met samenloop van straffen. Zijn uitzetting werd door de rechter aanbevolen. Hij ging

niet tegen de veroordeling in beroep. Op 1 oktober 1990 volgde een uitzettingsbevel, ondertekend door de Secretary of State. Op 2 januari 1991 is Akrich naar Algiers uitgezet. In 1992 is hij in het Verenigd Koninkrijk aangehouden, waarna op 30 juni 1992 een nieuwe uitzetting volgde, wederom naar Algiers.

26. Op 8 juni 1996 is Akrich getrouwd met Halina Jazdzewska. Zij wordt in deze conclusie verder aangeduid als mevrouw Akrich. Kort daarop, op 29 augustus 1996, werd ten behoeve van Akrich verzocht om een verblijfskaart als de echtgenoot van een Brits staatsburger. Op 14 april 1997 deed Akrich ook nog een asielaanvraag.

27. Op 1 juni 1997 verhuisde mevrouw Akrich naar Ierland met de bedoeling dat haar man zich aldaar bij haar zou voegen. Korte tijd later, eind augustus 1997, arriveerde de heer Akrich inderdaad in Dublin. Hij was op eigen verzoek daaraan geleid door de Britse autoriteiten.

28. Later heeft mevrouw Akrich de volgende motieven aangegeven voor haar verblijf in Ierland. Zij verklaarde dat haar echtgenoot in het Verenigd Koninkrijk in een opvangcentrum zat. Indien zij in Ierland woonachtig was, zou hij niet worden uitgewezen naar Algerije. Hij kon dan naar

Ierland komen. Tevens verklaarde zij niet voornemens te zijn geweest in Ierland te blijven, daar zij wist dat een verblijf van zes maanden in Ierland beiden het recht zou geven op grond van het gemeenschapsrecht terug te keren naar het Verenigd Koninkrijk. Uit de verhoren die zowel met mevrouw Akrich als met haar man zijn gehouden blijkt dat zij het arrest Singh als grondslag beschouwen voor de binnenkomst in het Verenigd Koninkrijk.

29. Tijdens haar verblijf in Ierland was mevrouw Akrich werkzaam bij een bank. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de arbeidsverhouding meer dan zes maanden heeft geduurd.

30. Eveneens is vastgesteld en niet bestreden dat ook de heer Akrich tijdens zijn verblijf in Ierland heeft gewerkt. Wat betreft de omstandigheden bij een eventuele terugkeer naar het Verenigd Koninkrijk: het echtpaar kon rekenen op onderdak (de broer van mevrouw Akrich stelde logies ter beschikking), mevrouw Akrich had concreet uitzicht op werk (dat was haar was aangeboden in het Verenigd Koninkrijk vanaf augustus 1998) en het echtpaar toonde aan, dat het over meer dan 4 000,00 IEP contant geld beschikte.

#### IV — Procedureel kader

31. Op 23 januari 1998 verzocht Akrich om intrekking van het nog steeds geldende

uitzettingsbevel uit 1990 en op 12 februari 1998 verzocht hij de Britse ambassade in Dublin om een inreisvisum in het Verenigd Koninkrijk als echtgenoot van een aldaar gevestigd persoon.

32. Op 21 september 1998 weigerde de Secretary of State het uitzettingsbevel in te trekken. Hij gaf ook opdracht aan de Entry Clearance Officer het aangevraagde inreisvisum te weigeren. Op 29 september 1998 weigerde de Entry Clearance Officer het inreisvisum overeenkomstig de instructies van de Secretary of State. Volgens de Secretary of State was de verhuizing van Akrich en zijn echtgenote naar Ierland niets meer dan een tijdelijke afwezigheid met het bewuste doel voor Akrich bij zijn terugkeer naar het Verenigd Koninkrijk een verblijfsrecht te verkrijgen en de bepalingen van de nationale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk te ontduiken. Mevrouw Akrich behoefde dus niet te worden beschouwd als een werknemer die in een andere lidstaat verdragsrechten had uitgeoefend.

33. Op 20 oktober 1998 stelde Akrich beroep in tegen deze besluiten bij de Adjudicator. Op 2 november 1999 kwam de Adjudicator tot het oordeel dat mevrouw Akrich daadwerkelijk door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten had uitgeoefend, die niet waren aangetast door de bedoelingen van Akrich en zijn echtgenote. Rechtsens stelde hij vast, dat zij

zich dus niet op het gemeenschapsrecht hadden gebaseerd met als doel de bepalingen van het recht van het Verenigd Koninkrijk te ontduiken. Hij stelde ook vast, dat Akrich geen echte en voldoende ernstige bedreiging voor de openbare orde vormde om de handhaving van het uitzettingsbevel te rechtvaardigen.

aldaar te verblijven, en met deze echtgenoot, die niet de nationaliteit van die lidstaat bezit, naar een andere lidstaat verhuist, met de bedoeling rechten uit hoofde van het gemeenschapsrecht uit te oefenen door daar slechts een korte tijd te werken om vervolgens bij terugkeer naar de lidstaat van zijn nationaliteit samen met zijn echtgenoot, die niet de nationaliteit daarvan bezit, aanspraak te maken op door het gemeenschapsrecht verleende rechten,

34. Op 16 november 1999 verzocht de Secretary of State om verlof tot beroep van de beslissing van de Adjudicator bij het Immigration Appeal Tribunal. Op 23 november 1999 verleende het Immigration Appeal Tribunal verlof tot beroep. Op een hoorzitting op 12 april 2000 wees het Tribunal partijen erop, dat het overwoog krachtens artikel 234 EG-Verdrag prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. Het Tribunal verzocht partijen daaromtrent opmerkingen te maken.

35. Vervolgens heeft het Immigration Appeal Tribunal (Verenigd Koninkrijk) bij beschikking van 3 oktober 2000, ingekomen ter griffie van het Hof op 7 maart 2001, in het geding tussen Secretary of State for the Home Department en Hacene Akrich, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

- 1) is de lidstaat van zijn nationaliteit dan gerechtigd de bedoeling van het paar bij verhuizing naar de andere lidstaat om bij terugkeer naar de lidstaat van zijn nationaliteit aanspraak te maken op door het gemeenschapsrecht verleende rechten, ofschoon de echtgenoot die die nationaliteit niet bezit, naar nationaal recht daarop geen aanspraak kan maken, te beschouwen als een beroep op het gemeenschapsrecht om de toepassing van de nationale wetgeving te ontduiken; en
- 2) zo ja, mag de lidstaat van de nationaliteit weigeren:
  - a) een preliminair obstakel voor de binnenkomst van de echtgenoot die niet de nationaliteit van deze lidstaat heeft — in casu een nog steeds geldend uitzettingsbevel — op te heffen; en

„Wanneer een onderdaan van een lidstaat gehuwd is met een onderdaan van een derde land, die krachtens het nationaal recht geen aanspraak kan maken op een recht om die lidstaat binnen te komen of

- b) de echtgenoot die niet de nationaliteit van deze lidstaat heeft, een recht van toegang tot zijn grondgebied toe te kennen?”

rechtspraak van het Hof op het gebied van het vrije personenverkeer. Deze beide onderdelen tezamen bepalen de ruimte waarbinnen het in de inleiding geschetste dilemma moet worden opgelost.

36. In deze procedure zijn bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend door de verzoeker in het hoofdgeding, de regeringen van het Verenigd Koninkrijk en Griekenland en door de Commissie. Op 5 november 2002 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

## V — De context van deze zaak

### A — Vooraf

37. Zoals ik in de inleiding van deze conclusie reeds stelde ligt de oorsprong van deze zaak in de samenloop van enerzijds de immigratiewetgeving dat vooral de toelating van personen uit derde landen tot de lidstaten betreft en anderzijds het op het niveau van de Europese Unie gewaarborgde vrije personenverkeer, binnen de Europese Unie zelf. Ik werk in dit onderdeel van de conclusie de contouren van beide competentiegebieden verder uit, waarna ik tot een synthese kom. Het volgende onderdeel van de conclusie bevat een analyse van de

## B — *Migratierecht*

### 1. De competentie

38. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht behoort de immigratiewetgeving als gezegd bijna volledig tot de competentie van de lidstaten. Dit een zeer wezenlijke competentie, die effectief moet kunnen worden uitgeoefend. Weliswaar voorziet artikel 63, punt 3, in het tot stand brengen van bepaalde EG-maatregelen op het gebied van de immigratie, maar deze bepaling is nog slechts in zeer beperkte mate uitgewerkt in gemeenschapswetgeving.<sup>7</sup> In de nabije toekomst is verdere harmonisatie voorzien.<sup>8</sup> Voorts is bij diverse bijeenkomsten van de Europese Raad de noodzaak van een communautair immigratiebeleid onderkend en heeft de

7 — Artikel 63, punt 3, vormt onder andere de rechtsbasis voor verordening 1091/2001 van de Raad van 28 mei 2001 inzake vrij verkeer met een visum voor verblijf van langere duur (PB L 150, blz. 4) en richtlijn 2001/40/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de onderlinge erkenning van besluiten inzake de verwijdering van onderdanen van derde landen (PB L 149, blz. 34).

8 — Zie o.a. gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging (PB 2002, C 203 E, blz. 136) en het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de voorwaarden inzake toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op arbeid in loondienst en economische activiteiten als zelfstandige (PB 2002, C 332 E, blz. 248).

Commissie de mogelijke contouren daarvan reeds in een mededeling aan de Raad en aan het Parlement geschetst.<sup>9</sup> Tot volledige harmonisatie zal het niet komen. Artikel 63 voorziet namelijk slechts in harmonisatie op een aantal gebieden, waaronder „voorwaarden voor toegang en verblijf en normen voor de procedures voor de afgifte door de lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels, met name met het oog op gezinshereniging” (zie artikel 63, punt 3, sub a).

39. Volgens de Commissie zijn harmonisatiemaatregelen nodig omdat de immigratiedruk zal aanhouden en omdat een opener en transparanter migratiebeleid niet alleen de immigranten en de landen van herkomst, maar ook de EU zelf ten goede zal komen. Echter, de beheersing van de migratiestromen blijft, volgens de Commissie en overeenkomstig artikel 63 EG, in handen van de nationale regeringen.

40. De wijze waarop het Verenigd Koninkrijk zijn bevoegdheid heeft gebruikt vormt in casu de aanleiding voor de prejudiciële procedure. Immers, wat is er aan de hand? Het Verenigd Koninkrijk stelt op grond van zijn eigen bevoegdheid eisen aan de toegang van onderdanen van derde landen in ver-

band met een huwelijk met een Brits onderdaan.<sup>10</sup> Het huwelijk moet een „serieus” karakter hebben. Voorts mag de toegang worden geweigerd — ik laat de uitzonderingen buiten beschouwing — indien tegen de persoon een uitzettingsbevel loopt.

41. Op zichzelf mag het Verenigd Koninkrijk dergelijke eisen stellen, uiteraard met inachtneming van artikel 8 EVRM dat het familie- en gezinsleven beschermt. Alleen kan de uitoefening van die bevoegdheid in strijd komen met het gemeenschapsrecht op het gebied van het vrije personenverkeer in de omstandigheid waarin de betrokkene een beroep kan doen op het EG-recht.

## 2. De inhoud en de tendens

42. Artikel 63 EG richt zich tot onderdanen van derde landen. Thans is de immigratiewetgeving van de lidstaten in beginsel van toepassing op alle vreemdelingen, doch gelet op de vele rechten die onderdanen van de EU ontleen aan het gemeenschapsrecht is de doelgroep van de nationale wetgeving in de praktijk, althans op hoofdlijnen, eveneens beperkt tot onderdanen van derde landen. Ik wees daar reeds op. De kern van de immigratiewetgeving van

<sup>9</sup> — Zie met name de conclusies van de Europese Raad van 15 en 16 oktober 1999 te Tampere en de mededeling van de Commissie van 22 november 2000 aan de Raad en het Europees Parlement over een communautair immigratiebeleid (COM/2000/0757 def.).

<sup>10</sup> — Zie punt 16 van deze conclusie.

de lidstaten is dat een immigrant slechts wordt toegelaten na een voorafgaande individuele beoordeling van zijn geval. De eisen die de lidstaten daarbij stellen worden steeds strenger. Het huwelijk vormt thans een van de weinige titels waarop een onderdaan van een derde land een lidstaat kan binnenkomen. En de eisen die aan een huwelijk worden gesteld worden steeds strenger.<sup>11</sup>

43. Op het moment dat een onderdaan van een derde land om toegang tot een lidstaat verzoekt kan een lidstaat ingevolge zijn nationale wetgeving bepaalde criteria stellen aan deze toelating. Een partner van buiten de Europese Unie wordt eerst toegelaten na een toetsing van de aard en de duurzaamheid van het huwelijk. Deze toetsing vindt plaats ter bestrijding van het verschijnsel schijnhuwelijken tussen onderdanen van de Unie en reeds in een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Wanneer de bevoegde autoriteiten van de lidstaten vaststellen dat er sprake is van een schijnhuwelijk, wordt de vergunning tot vestiging of tot verblijf in verband met het huwelijk van de onderdaan van het derde land in de regel ingetrokken, herroepen of niet verlengd. Deze maatregelen kunnen worden genomen onafhankelijk van het

bestaan van een gevaar voor de openbare orde.

44. In bepaalde lidstaten (Duitsland, België, Spanje, Frankrijk, Portugal en het Verenigd-Koninkrijk) is er een toetsing vooraf. In deze lidstaten kan of moet de ambtenaar van de burgerlijke stand weigeren het huwelijk te sluiten wanneer er serieuze aanwijzingen zijn dat het aanstaand bruidspaar niet de intentie heeft samen te gaan leven. Vervolgens vindt in alle lidstaten nog een toetsing achteraf plaats. De bevoegde immigratie-autoriteiten onderzoeken, indien er gegronde vermoedens bestaan, of er sprake is van een schijnhuwelijk. De resolutie van de Raad van 4 december 1997 geeft een aantal criteria waarop de bevoegde autoriteiten zich kunnen baseren.<sup>12</sup>

45. Naast de toetsing van het huwelijk hanteren de lidstaten nog een aantal crite-

- 12 — Resolutie van de Raad van 4 december 1997 betreffende maatregelen ter bestrijding van schijnhuwelijken (PB C 382, blz. 1). Punt 2 van de resolutie luidt, voorzover van belang: De factoren die doen veronderstellen dat een huwelijk een schijnhuwelijk is zijn onder meer de volgende:
- het ontbreken van een levensgemeenschap;
  - het ontbreken van een passende bijdrage aan de verantwoordelijkheden van het huwelijk;
  - de echtgenoten hebben elkaar vóór het huwelijk nooit ontmoet;
  - de echtgenoten geven elkaars personalia (naam, adres, nationaliteit, werk), de omstandigheden waarin ze elkaar hebben leren kennen of andere belangrijke persoonlijke gegevens die henzelf betreffen, verkeerd weer;
  - de echtgenoten spreken geen taal die beiden verstaan;
  - er wordt een geldbedrag betaald opdat het huwelijk wordt gesloten (met uitzondering van geldbedragen die bij wijze van bruidsschat worden betaald, als het onderdanen van derde landen betreft waar het betalen van een bruidsschat tot de normale gang van zaken behoort);
  - uit de levensloop van een van de echtgenoten of van beide echtgenoten komen gegevens naar voren over eerdere schijnhuwelijken of onregelmatigheden in verband met het verblijf.

11 — In beperkte mate kunnen onderdanen van derde landen voorts legaal het grondgebied van de EU binnenkomen voor studietoelagen, als economisch actieve of in de hoedanigheid van asielzoeker. Ook kan familiehereniging een toegangsrecht of verblijfsrecht vormen. Ik ga in deze conclusie hieronder enkel in op het huwelijk als reden voor binnenkomst en verblijf.

ria. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om gehuwde of om ongehuwde personen. In de meeste lidstaten zijn onderbreking van het verblijf op het grondgebied van een lidstaat<sup>13</sup>, fraude alsmede gevaar voor de openbare orde en veiligheid redenen voor intrekking of weigering tot verlenging van de verblijfstitel of verwijdering van een persoon van het grondgebied van een lidstaat. In enkele lidstaten kan een maatregel tot verwijdering van het grondgebied gelast worden bij wijze van straf of bijkomende straf naast een vrijheidsstraf. Indien een onderdaan van een derde land valse of misleidende informatie heeft verstrekt, valse of vervalste documenten heeft gebruikt, of anderszins fraude heeft gepleegd of onwettige middelen heeft gebruikt kan in elke lidstaat zijn verblijfstitel worden ingetrokken of kan verlenging van die titel worden geweigerd. Alle lidstaten hebben de mogelijkheid opgenomen in de nationale wetgeving om onderdanen van een derde land te verwijderen of uit te zetten indien er gevaar bestaat voor de openbare orde of veiligheid. In Oostenrijk, Denemarken en Duitsland is uitzetting op deze gronden verplicht. Verscheidene landen hebben eveneens in hun wetgeving opgenomen dat bij een bepaalde soort straf (drugsmisdrijven, Denemarken) of bepaalde hoogte van een straf (een gevangenisstraf van meer dan één jaar, Finland) uitzetting kan worden bevolen.

ning te houden met de specifieke omstandigheden waarin de betrokkene verkeert. Dit houdt verband met het feit dat een uitwijzingsmaatregel zeer ernstige gevolgen kan hebben voor de betrokken personen, temeer indien de betrokkene zeer nauwe banden heeft met zijn familie en andere naasten. De grenzen vloeien voort uit het EVRM en dan met name uit artikel 8 van dit verdrag. Bij de beoordeling van de weigering tot afgifte of verlenging van de verblijfstitel of de verwijdering van het grondgebied dient de nationale bevoegde instantie een proportionele afweging te maken tussen de belangen van de staat en de belangen van de betrokkene en zijn naasten. Een aantal criteria vloeit voort uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zoals:<sup>14</sup>

- De graad van sociale en culturele integratie met het gastland.
- De banden met naasten die leven in het gastland.
- De banden met het gastland, ook moet in ogenschouw worden genomen of een

46. Lidstaten dienen bij een besluit tot verwijdering van het grondgebied wel reke-

13 — In tien lidstaten kan onderbreking van het verblijf op het grondgebied een reden zijn voor intrekking of weigering de verblijfstitel te verlengen. Dit criterium is voor deze zaak van geen belang.

14 — Zie EHRM-arrest *Moestaquim v. België* van 18 februari 1991, serie A, nr. 193; EHRM-arrest *Nasri v. Frankrijk* van 13 juli 1995, serie A, nr. 320-B; EHRM-arrest *Boughanemi v. Frankrijk* van 24 april 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II; EHRM-arrest *C. v. België* van 7 augustus 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; EHRM-arrest *Bouchelkia v. Frankrijk* van 29 januari 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

onderdaan van een derde land in zijn jeugd al naar het gastland is geëmigreerd.

- De duur van het verblijf van de betrokkene in het desbetreffende gastland.

- De gezondheid, leeftijd en gezins- en economische situatie van de betrokkene.

- De mate waarin de betrokkene banden heeft met het land van oorsprong.

- Of er sprake is van gevaar voor een slechte behandeling van betrokkene indien deze terugkeert naar zijn land van oorsprong.

47. Er zijn als gezegd voor onderdanen van derde landen slechts beperkte mogelijkheden om het grondgebied van de Europese Unie binnen te komen. De gronden voor verwijdering van een persoon van het grondgebied van een lidstaat in de wetgeving van de lidstaten zijn daarentegen op dit moment ruim. De nationale wetgeving in de diverse lidstaten wordt bovendien steeds restrictiever en volgt elkaar op in een

kort tijdsbestek. Nadat een lidstaat zijn immigratiewetgeving heeft aangescherpt, volgen de omliggende lidstaten vaak korte tijd later. De eisen die lidstaten stellen aan de toelating van onderdanen van derde landen worden hoger, naarmate zij meer moeilijkheden ondervinden met het beheersen van de migratiestromen.

48. Ik wijs nog op de voorstellen voor een aantal nieuwe richtlijnen op het gebied van immigratie en het vrije verkeer.<sup>15</sup> Voor de beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter spelen deze voorstellen voor EG-regelgeving, waarvan nog maar de vraag is in hoeverre zij door de Raad worden aanvaard, geen rol.

## C — *Het vrije personenverkeer*

### 1. De competentie

49. De bevoegdheden van de Europese Gemeenschap op het gebied van het interne vrije personenverkeer zijn vrijwel volledig.

15 — Zie bijvoorbeeld het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven (PB 2001, C 270 E, blz. 150). Zie ook het gewijzigde voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging (aangehaald in voetnoot 8). Deze voorstellen zijn een vervolg op de Europese Raad op 15 en 16 oktober 1999 in Tampere.

Zij hebben betrekking op het reizen en verblijven van onderdanen van lidstaten van de Europese Unie in de lidstaten waarvan zij geen onderdaan zijn. De artikelen 18, 39, 43 en 49 EG richten zich met zoveel worden tot de onderdanen van de lidstaten.<sup>16</sup> Dezen hebben ingevolge deze verdragsartikelen een rechtstreekse aanspraak te reizen en te verblijven. Op dit gebied komt de lidstaten slechts een zeer beperkte bevoegdheid toe. Zo kunnen zij onderdanen van andere lidstaten slechts de toegang en het verblijf weigeren om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Richtlijn 64/221 bepaalt nog in het bijzonder hoe deze criteria moeten worden uitgelegd door de lidstaten. Voorts kunnen zij in geval het gaat om niet economisch actieve burgers van andere lidstaten de eis stellen dat dezen geen onredelijke belasting voor de algemene middelen mogen vormen.

## 2. De inhoud en de tendens

51. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Baumbast en R<sup>17</sup> meer uitgebreid schetste bestaan op het gebied van het vrije personenverkeer twee complexen van EG-regelgeving, te weten de van oudsher bestaande regels voor de migratie in verband met het verrichten van een economische activiteit en de latere regels die voor de burgers van de Europese Unie een — overigens niet onbeperkt — verblijfsrecht inhouden, ook indien zij niet economisch actief zijn.

50. Deze competentie is aan de Europese Gemeenschap gegeven teneinde ervoor te zorgen dat de Europese integratie ook daadwerkelijk gestalte kan krijgen, in de eerste plaats door middel van een interne markt zonder binnengrenzen. Ik citeer artikel 14, lid 2, EG: „De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag.”

52. De regels voor economisch actieven — ik beperk mij hier in het verband van deze zaak tot het vrije werknemersverkeer — zijn onder meer vastgelegd in de artikelen 39 en volgende van het EG-verdrag, in verordening nr. 1612/68 en in de richtlijnen 64/221 en 68/360.<sup>18</sup> Artikel 39 EG verleent de onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie het recht vrij te reizen binnen de Europese Unie en te verblijven op het grondgebied van een andere lidstaat, een en ander met het oog op het verrichten van arbeid. In de secundaire wetgeving zijn aan deze beide door het Verdrag zelf gewaarborgde rechten accessoire rechten toegevoegd, waaronder het eerder genoemde recht zich bij het verblijf in de

16 — Het feit dat artikel 18 EG spreekt over de burgers van de Unie en artikel 39 EG over de werknemers van de lidstaten maakt daarbij niet uit.

17 — Conclusie bij het arrest van 17 september 2002 (C-413/99, Jurispr. blz. I-7091, blz. I-7094, vanaf punt 28).

18 — Richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 13).

andere lidstaat te doen vergezellen door gezinsleden. Verordening nr. 1612/68 formuleert dit accessoire recht als een eigen aanspraak van de gezinsleden van de werknemer. Richtlijn 68/360 moet ervoor zorgen dat dit recht niet kan worden belemmerd door formele belemmeringen bij de feitelijke binnenkomst. De gezinsleden — en natuurlijk ook de werknemer zelf — worden op het grondgebied toegelaten op vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort en in voorkomend geval een visum. Hiermee wordt een voorafgaande individuele beoordeling uitgesloten.<sup>19</sup>

het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, dat de burger van de Unie ingevolge artikel 18 EG toekomt. In het arrest Baumbast en R<sup>21</sup> heeft het Hof expliciet rechtstreekse werking aan artikel 18 toegekend, zij het dat dit recht wel aan beperkingen onderhevig is die hun grondslag vinden in het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft zich daarbij niet hoeven te buigen over de vraag of tot de rechten die artikel 18 EG aan de burger van de Unie verleent ook het recht behoort om zich door gezinsleden te doen vergezellen.

53. Voor niet-actieven geldt een verblijfsrecht krachtens richtlijn 90/364.<sup>20</sup> Dit recht komt toe aan onderdanen van de lidstaten die dit recht niet bezitten op grond van andere bepalingen van het gemeenschapsrecht alsmede aan hun familieleden, mits zij voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt en over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van het gastland komen.

55. Dit brengt mij meer in het bijzonder bij de rechten van de gezinsleden die zelf geen onderdaan van een EG-lidstaat zijn. Artikel 10 van verordening nr. 1612/68 verleent rechten aan onderdanen van derde landen, die zich kunnen beroepen op hun status van echtgenoot of kinderen van een communautaire werknemer. Voor hun verblijfsrecht is niet van belang dat zij geen burger van de Unie zijn; het enige dat telt is de band die bestaat met de werknemer. Verder zegt de verordening niets over de echtgenoot.

54. De Europese regelgeving op het gebied van het vrije personenverkeer wordt gecompleteerd door het recht om vrij op

56. Ik kom nu bij de ontwikkeling van het recht. De door het Verdrag gegarandeerde vrijheid in een andere lidstaat te verblijven wordt steeds completer. De uitoefening van het recht door de burger van de Unie mag niet worden gehinderd door belemmerin-

19 — Het Hof gaat zelfs nog een stap verder in het arrest BRAX, arrest van 25 juli 2002 (C-459/99, Jurispr. blz. I-6951), zie punt 74 hieronder.

20 — Richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB L 180, blz. 26).

21 — Aangehaald in voetnoot 17.

gen die gezinsleden ondervinden. Dit geldt in het bijzonder voor het vrije verkeer van werknemers. Om te beginnen, de werknemer heeft op basis van verordening nr. 1612/68 altijd het recht zich met zijn echtgenoot te vestigen in die andere lidstaat. Dit recht moet volgens de considerans bij de verordening worden beschouwd als een fundamenteel recht, zowel voor de werknemer als voor zijn familie. De aard noch de duurzaamheid van het huwelijk wordt getoetst. De enige uitzondering betreft de weigering van de toegang om reden van openbare orde of van openbare veiligheid (ex richtlijn 64/221). En dan moet het om een serieuze bedreiging gaan: een strafrechtelijke veroordeling mag als zodanig niet automatisch worden beschouwd als een bedreiging. En vervolgens gaan de aanspraken van de gezinsleden verder dan alleen de toelating. Zij moeten kunnen werken en onderwijs kunnen genieten. En zelfs behouden zij bepaalde rechten na terugkeer van de werknemer naar de lidstaat van origine.<sup>22</sup>

artikel 10 van verordening nr. 1612/68. Om te beginnen denk ik aan de situatie waar er op het moment van migreren nog geen gezinsband bestond. Pas nadat een burger van de Unie zich als werknemer in een gastland heeft gevestigd trouwt hij met iemand van buiten de Europese Unie. Voorts is de situatie denkbaar dat de band met de migrerende werknemer wel bestond, maar dat deze band op een zeker moment ten einde komt. Dit deed zich voor in de zaak Baumbast en R.<sup>23</sup> Die zaak betrof twee verschillende casusposities, namelijk het beëindigen van de band met de werknemer door echtscheiding en de omstandigheid waarin de gemeenschapsonderdaan met wie de betrokkene was getrouwd (en ook getrouwd bleef) niet langer aanspraak kon maken op de status van communautair werknemer.

57. Het is maar de vraag of de gemeenschapswetgever zich bij het tot stand brengen van verordening nr. 1612/68 rekenschap heeft gegeven van alle mogelijke varianten. Waar het in verordening nr. 1612/68 EG primair om gaat, zo lijkt mij, is dat de werknemer wanneer hij migreert naar een andere lidstaat zijn echtgenoot moet kunnen meenemen onder voor deze aantrekkelijke condities. Dit is in het belang van het vrije verkeer en komt ook tegemoet aan artikel 8 EVRM. Maar ook andere situaties zijn denkbaar en ook die vallen binnen de ruime formulering van

58. En dan is er de variant die zich in de onderhavige zaak voordoet. De heer Akrich, echtgenoot van een gemeenschapsonderdaan, bevindt zich niet legaal op het grondgebied van de Europese Unie. Sterker nog, hem is niet alleen geen toegang verleend maar tegen hem loopt zelfs in het Verenigd Koninkrijk een uitzettingsbevel. Desondanks beroept hij zich op het gemeenschapsrecht om in een andere lidstaat — in casu Ierland — toegang te krijgen tot het grondgebied van de Europese Unie. Dit recht wordt hem verleend en vervolgens beroept hij zich op dit recht om

22 — Zie het arrest *Echternach en Moritz*, dat hieronder in punt 79 wordt besproken.

23 — Zie punt 73.

ondanks het nog steeds geldende uitzettingsbevel toegang te verkrijgen tot de lidstaat die hem eerder die toegang heeft geweigerd.

## D — *Synthese*

59. De immigratiewetgeving strekt ertoe de toelating tot lidstaten van de Europese Unie aan regels te onderwerpen. Deze regels worden steeds strenger. De EG-wetgeving inzake het vrije personenverkeer strekt ertoe het reizen naar en het verblijven in andere landen te liberaliseren. Het recht om in een andere lidstaat te verblijven wordt steeds vollediger.

60. Op zichzelf behoeven dit geen tegenstrijdige ontwikkelingen te zijn. Het is zelfs onvermijdelijk dat de materiële rechtsontwikkeling op beide competentiegebieden steeds meer divergeert. Immers, daar waar de Europese Unie steeds meer een ruimte wordt waarbinnen men zich volledig vrij kan verplaatsen, is het nodig de controle uit te oefenen op het moment van toegang tot deze ruimte. Het vrije personenverkeer geldt dan voor degenen die tot die ruimte zijn toegelaten.

61. Echter, de regelgeving op het gebied van het vrije personenverkeer verleent aan

echtgenoten van EU-burgers ook aanspraken indien zij niet of nog niet tot de Europese Unie zijn toegelaten. Dit is des te opmerkelijker nu de regels als gezegd steeds meer uiteenlopen. Bovendien lijkt het toepassingsgebied *ratione personae* juist steeds meer samen te gaan vallen. Aan de ene kant vormen onderdanen van derde landen die gebruik kunnen maken van de regels van het vrije personenverkeer een steeds belangrijker groep, nu het verblijfsrecht binnen de Europese Unie steeds meer aanspraken verleent aan burgers van de Europese Unie en daarmee dus ook (afgeleide) aanspraken aan familieleden. Aan de andere kant vormt bij een steeds strengere immigratiewetgeving gezinsvorming en gezinshereniging relatief gezien een steeds belangrijker grondslag voor legale immigratie in de Europese Unie. En juist aan gezinsleden van migrerende gemeenschapsburgers komen op basis van de regels van het vrije personenverkeer rechten toe. En die rechten worden, mede gelet op het belang dat het Hof toekent aan de bescherming van het gezinsleven van burgers van de Europese Unie<sup>24</sup>, alleen maar sterker.

62. Een en ander leidt tot een ongerijmdheid in het recht. Een burger van de Unie

24 — Zie bijvoorbeeld de recente arresten van 11 juli 2002, *Carpenter* (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punten 38-42), en 25 juli 2002, *BRAX* (C-459/99, Jurispr. blz. I-6591, punten 53 en 61). Zie verder vanaf punt 106 in deze conclusie.

die wenst te trouwen en vervolgens samen te wonen met een persoon die de nationaliteit van een derde land heeft, heeft niet zonder meer aanspraak op de toelating van zijn echtgenoot tot die lidstaat. De echtgenoot wordt pas toegelaten na een individuele beoordeling aan de hand van strenge regels door de nationale immigratie-authoriteiten. Die beoordeling omvat onder andere de aard en de duur van de relatie, alsmede het verleden van de echtgenoot. Indien de burger van de Unie zich echter vestigt in willekeurig welke andere lidstaat van de Europese Unie gelden deze regels niet. De echtgenoot is dan onttrokken aan de nationale immigratiewetgeving en wordt ingevolge het gemeenschapsrecht automatisch toegelaten. Dit is slechts anders indien deze echtgenoot een serieuze bedreiging vormt voor de openbare orde.<sup>25</sup>

63. Ten overvloede wijs ik er nog wel op dat de lidstaat van ontvangst wel mag nagaan of de burger van de Unie — dus: niet de van buiten afkomstige echtgenoot — terecht een beroep doet op het gemeenschapsrecht, als werknemer (of bijvoorbeeld dienstenverlener), dan wel als niet-actieve op grond van richtlijn 90/364.

## VI — De stand van de rechtspraak van het Hof

### A — *Inleiding*

64. Voor deze zaak is vooral van belang de rechtspraak over de omvang van het recht dat voor de migrerende werknemer en zijn gezinsleden voortvloeit uit artikel 39 EG en de daarmee samenhangende secundaire gemeenschapswetgeving. Ik behandel die rechtspraak als volgt. Eerst ga ik in op de vestiging van het recht op grond van artikel 39 EG, vervolgens komt de vraag aan de orde in hoeverre dit recht in stand blijft indien de werknemer terugkeert naar zijn land van herkomst en ga ik in verband daarmee in op het non-discriminatiebeginsel. Dan bespreek ik de beperkingen op het verblijfsrecht die volgens het gemeenschapsrecht mogelijk zijn uit hoofde van openbare orde of openbare veiligheid. Daarna kijk ik naar de rechtspraak vanuit een andere invalshoek: welke aanspraken ontlenen burgers aan het gemeenschapsrecht indien zij dit recht gebruiken, louter en alleen om hen onwelgevallige (nationale) wetgeving te omzeilen? Tot slot kom ik bij de burger van de Unie en zijn recht op gezinsleven. Bij verschillende onderdelen komt ook de vraag aan de orde in hoeverre de echtgenoot van de migrerende werknemer dezelfde rechten aan het gemeenschapsrecht kan ontlenen als de migrerende werknemer zelf.

65. Ik begin evenwel met een preliminaire opmerking: in de kern valt de uitlegging

25 — Of de openbare veiligheid of de volksgezondheid.

door het Hof van de bepalingen die betrekking tot het vrije verkeer van werknemers samen te vatten met het steekwoord extensief. Het Hof kijkt behalve naar de tekst van de regelgeving ook zeer nadrukkelijk naar de achterliggende bedoeling: belemmeringen voor het vrije verkeer van werknemers dienen zoveel mogelijk te worden opgeheven. De keerzijde daarvan is dat de toepassingsruimte voor nationale maatregelen, welke die vrijheid (potentieel) belemmeren, wordt beperkt.

67. Om een recht te vestigen op grond van artikel 39 EG is dus het bestaan van een grensoverschrijdend element vereist. In een bepaalde situatie dient degene die het recht vestigt met ten minste twee lidstaten aanknopingspunten te hebben. De klassieke situatie die is beoogd in artikel 39 EG betreft de onderdaan van een lidstaat die zich naar een andere lidstaat begeeft om aldaar arbeid te verrichten. Deze ontleent aan het gemeenschapsrecht de aanspraak om in die andere lidstaat te verblijven. Dat is de hoofdregel van artikel 39 EG.

## B — *De vestiging van het recht*

66. Om te beginnen wijs ik op de vaste rechtspraak van het Hof krachtens welke aanspraken op grond van artikel 39 EG slechts kunnen ontstaan in situaties die binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht vallen. Die aanspraken ontstaan niet in situaties die geen enkele gelijkenis vertonen met die welke door het gemeenschapsrecht worden bedoeld en waarvan alle elementen geheel in de interne sfeer van een enkele lidstaat liggen.<sup>26</sup> De regeling van artikel 39 EG kan dus niet worden toegepast op de situatie van personen die nooit gebruik hebben gemaakt van deze vrijheid. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor aanspraken van een burger op grond van artikel 43 EG of artikel 49 EG, inzake vestiging respectievelijk dienstenverkeer.<sup>27</sup>

68. Volgens het arrest Levin<sup>28</sup> kan de werknemer slechts een beroep doen op het vrije verkeer van werknemers indien hij in een lidstaat waarvan hij geen onderdaan is reële en daadwerkelijke arbeid verricht, althans indien hij serieus voornemens is dat te doen. De arbeid mag niet van zo geringe omvang zijn dat hij louter marginaal en bijkomstig is. Het mag gaan om deeltijdarbeid en eveneens mag een inkomen worden verdiend dat lager is dan het in de betrokken sector gewaarborgde minimumloon. Zo sluit het Hof niet uit dat een deeltijdbetrekking die normaliter niet meer dan tien uur per week bedraagt een voldoende serieus karakter draagt. Hetzelfde geldt voor een stage die deel uitmaakt van een beroepsopleiding.<sup>29</sup>

69. Ik wijs er in dit verband op dat het begrip werknemer een gemeenschapsrecht-

26 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 december 1992, Koua Poirrez (C-206/91, Jurispr. blz. I-6685, punten 10 en 11).

27 — Zie het arrest van 25 juli 2002, BRAX, aangehaald in voetnoot 24, punt 39.

28 — Arrest van 23 maart 1982 (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 21).

29 — In mijn conclusie van heden in de zaak Ninni-Orasche, C-413/01, geef ik een meer uitgebreid overzicht van deze rechtspraak.

telijk begrip is.<sup>30</sup> De werking ervan mag niet worden beperkt aan de hand van in de nationale wetgeving geformuleerde criteria, bijvoorbeeld door eisen te stellen omtrent de omvang van de arbeid of omtrent de minimumperiode waarin beroepswerkzaamheden worden verricht.<sup>31</sup>

70. Teneinde daadwerkelijk een vrij werknemersverkeer te verzekeren zijn in de rechtspraak, mede op basis van de secundaire gemeenschapswetgeving, diverse aanvullende aanspraken erkend. Hiermee heeft het Hof invulling gegeven aan het uitgangspunt dat het hier gaat om door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden die uit dien hoofde niet restrictief mogen worden opgevat.<sup>32</sup> Die aanvulling geschiedt in twee opzichten: het Hof vat het recht van de werknemer zelf vaak ruim op, maar daarnaast worden ook aan de gezinsleden van de werknemer vergelijkbare rechten toegekend.

71. Om te beginnen ga ik in op de omvang van het recht van de werknemer zelf. In de eerste plaats worden niet al te strenge eisen gesteld aan zijn arbeidsverhouding. Zo erkende het Hof reeds in het arrest Levin uit 1982 de arbeid in deeltijd. Dit is in die zin opmerkelijk aangezien deeltijdarbeid in 1982 aanzienlijk minder gebruikelijk was

dan thans. In de tweede plaats is niet per se vereist dat een onderdaan van een lidstaat zich fysiek in een andere lidstaat vestigt. In het arrest Carpenter — dat het vrij verichten van diensten betreft — acht het Hof het gemeenschapsrecht van toepassing op een situatie waarin een dienstverrichter hoofdzakelijk vanuit zijn eigen lidstaat diensten verricht ten behoeve van in andere lidstaten gevestigde dienstenontvangers. Misschien gaat het Hof nog wel verder in het arrest Deliège.<sup>33</sup> Daar opent het Hof de mogelijkheid dat iemand een beroep doet op het gemeenschapsrecht op grond van de omstandigheid dat hij als sportbeoefenaar deelneemt aan een wedstrijd in een andere lidstaat dan die waar hij woonachtig is. Uiteraard is daar wel voor vereist dat die deelname aan internationale wedstrijden een economische activiteit in de zin van artikel 2 van het Verdrag vormt. In de derde plaats kan de werknemer onder omstandigheden een beroep blijven doen op het gemeenschapsrecht indien hij na verblijf in een andere lidstaat terugkeert in zijn eigen land. Gelet op het belang hiervan voor de onderhavige zaak komt dit punt hieronder apart aan de orde.

72. De rechten voor de gezinsleden van de migrerende werknemer worden in hoofdzaak gebaseerd op verordening nr. 1612/68.<sup>34</sup> Hun verblijfsrecht ontleen

30 — De eisen die worden gesteld aan de verhouding tussen werkgever en werknemer worden meer uitgebreid behandeld in het arrest van 31 mei 1989, *Beitray* (344/87, Jurispr. blz. 1621).

31 — Zie behalve arrest Levin ook arrest van 21 juni 1988, *Lair* (39/86, Jurispr. blz. 3161, punten 41 en 42).

32 — Zie o.a. arrest Levin, aangehaald in voetnoot 28, punt 13.

33 — Arrest van 11 april 2000 (C-51/96 en C-191/97, Jurispr. blz. I-2549, punten 58 en 59).

34 — Die verordening wordt in richtlijn 68/360/EEG, aangehaald in voetnoot 18, aangevuld met enkele verplichtingen voor de lidstaten om reis- en verblijfsdocumenten te verschaffen.

zij aan artikel 10 van deze verordening. De gezinsleden verkrijgen aldus eigen afdwingbare rechten, doch die rechten hangen wel af van een band met een migrerend werknemer. Dit afgeleide karakter van die rechten brengt mee dat de echtgenoot geen burger van de Unie behoeft te zijn en ook niet zelf een aanknopingspunt met meer dan één lidstaat behoeft te hebben. Het gaat erom of de werknemer zelf een aanknopingspunt heeft, zo vloeit onder meer voort uit het arrest *Morson en Jhanjan*.<sup>35</sup> Volgens dit arrest ontbrak een aanknopingspunt in een geval waarin werknemers die nooit in andere lidstaat hadden gewerkt familieleden wilden laten overkomen uit een derde land.

73. In overeenstemming met de ruime opvatting omtrent het recht van de werknemer, stelt het Hof ook niet al te strenge eisen aan de aard van de band met de migrerend werknemer. Zo behoeven echtgenoten niet duurzaam met elkaar te leven.<sup>36</sup> Voorts betekent het einde van de band met een migrerend werknemer niet automatisch dat ook het verblijfsrecht van een gezinslid om in een lidstaat te verblijven tot een einde komt. Het arrest *Baumbast en R*<sup>37</sup> betrof zowel de casus waarin de gezinsband door echtscheiding was verbroken als de casus waarin de werknemersstatus van de rechthebbende op grond van artikel 39 EG was komen te vervallen. Voor beide casus stelde het Hof vast dat

volgens artikel 12 van verordening nr. 1612/68 het verblijfsrecht van de kinderen van de (gewezen) werknemer in stand bleef, evenals het verblijfsrecht van de verzorgende ouder, dat weer was afgeleid van het recht van de kinderen.

74. Tot slot, en dit geldt zowel voor de werknemer als voor zijn familielid: zij mogen niet voorafgaand aan de toelating tot een lidstaat aan formaliteiten worden onderworpen. Terugwijzing aan de grens is slechts mogelijk indien iemand niet zijn identiteit kan aantonen.<sup>38</sup> Daarbij heeft het Hof in het arrest *BRAX* zelfs bepaald dat het niet beschikken over een geldig visum op zichzelf niet tot terugwijzing mag leiden.<sup>39</sup> Het niet vervullen van formaliteiten mag ingevolge dit arrest evenmin de aanleiding vormen voor verwijdering.

#### *C — Komt het recht te vervallen bij terugkeer?*

75. In beginsel verliest men de hoedanigheid van communautair werknemer, wanneer niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden voor verkrijging ervan.<sup>40</sup> Of, in andere woorden, wanneer de

35 — Arrest van 27 oktober 1982 (35 en 36/82, *Jurispr.* blz. 3723).

36 — Arrest van 13 februari 1985, *Diatta* (267/83, *Jurispr.* blz. 567).

37 — Aangehaald in voetnoot 17.

38 — Een en ander behoudens een gevaar voor de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid waarop ik hieronder in punten 91 e.v. inga.

39 — Aangehaald in voetnoot 24, punt 61.

40 — In mijn conclusie bij het arrest in de zaak *Baumbast en R*, aangehaald in voetnoot 17, punt 45 e.v., ging ik meer uitgebreid op deze stelling in, waarbij ik weer verwees naar de conclusie van advocaat-generaal La Pergola bij het arrest van 12 mei 1998, *Martínez Sala* (C-85/96, *Jurispr.* blz. I-2691).

arbeidsverhouding is geëindigd verliest de betrokkene in beginsel zijn hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 39 EG. Dit neemt echter niet weg, dat die hoedanigheid bepaalde effecten kan hebben na het einde van de arbeidsverhouding.<sup>41</sup> Zulke effecten blijven bestaan na terugkeer van de werknemer naar zijn eigen lidstaat.

76. In het arrest Singh<sup>42</sup> stelt het Hof: „Het zou een onderdaan van een lidstaat ervan kunnen weerhouden om zijn land van herkomst te verlaten om op het grondgebied van een andere lidstaat in loondienst of als zelfstandige arbeid te gaan verrichten in de zin van het EG-Verdrag, indien bij zijn terugkeer naar de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, om aldaar in loondienst of als zelfstandige te gaan werken, de voorwaarden voor zijn toegang en verblijf niet ten minste gelijkwaardig zouden zijn aan die welke hij op grond van het EG-Verdrag of het afgeleide gemeenschapsrecht op het grondgebied van een andere lidstaat kan genieten.” Kort gezegd, het Hof gaat ervan uit dat een migrerend werknemer na terugkeer in zijn eigen lidstaat rechten blijft ontlelen aan het EG-verdrag. En het Hof stelt in dit arrest eveneens dat die rechten gelijkwaardig zijn aan de rechten die een migrerend werknemer of zelfstandige rechtstreeks aan het EG-verdrag ontleent.

77. Ik benadruk dat de terugkeer in eigen land geen nieuw recht doet ontstaan op grond van het gemeenschapsrecht, maar dat uit een eerder gevestigd recht aanspra-

ken blijven voortvloeien. In vergelijkbare zin beoordeel ik de arresten Angonese, Kraus en D'Hoop<sup>43</sup> die alle betrekking hadden op de behandeling van burgers van de Europese Unie in hun eigen land nadat zij eerder in een andere lidstaat een opleiding hadden gevolgd. Zonder in details te treden wijs ik op het feit dat zij daarmee gebruik hadden gemaakt van het recht op vrij verkeer hetgeen hen onder de werksfeer van het gemeenschapsrecht bracht. Na terugkeer konden zij aan het gemeenschapsrecht rechten blijven ontlelen. Met name mocht hen niet worden aangerekend dat zij niet hun (gehele) opleiding in hun eigen land hadden gevolgd. Er moet dus een aanknopingspunt zijn tussen de uitoefening van het recht van vrij verkeer en het recht waar de betrokkene zich op beroept.<sup>44</sup>

78. Meer in het bijzonder gaat het Hof vervolgens in het arrest Singh in op het recht van de echtgenoot die afkomstig is uit een derde land. Deze mag de werknemer of de zelfstandige vergezellen onder de voorwaarden die zijn neergelegd in verordening nr. 1612/68, richtlijn 68/360 of richtlijn

41 — Zie arrest van 12 mei 1998, Martínez Sala, aangehaald in voetnoot 40, punt 32.

42 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 19.

43 — Arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, o.a. punt 32); 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, Jurispr. I-4139, zie met name de punten 38-41), en 11 juni 2002, D'Hoop (C-224/98, Jurispr. blz. I-6161).

44 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest Singh, aangehaald in voetnoot 2, punt 5.

73/148. Zijn rechten zijn niet anders dan wanneer de werknemer zich in een andere lidstaat had gevestigd.

79. Voor de kinderen van de werknemer gaat dit recht zelfs nog verder. Het Hof heeft in het arrest *Echternach en Moritz*<sup>45</sup> vastgesteld dat een kind van een werknemer die in een andere lidstaat arbeid heeft verricht, de hoedanigheid van gezinslid van een werknemer in de zin van verordening nr. 1612/68 behoudt, wanneer de familie van het kind terugkeert naar het land van herkomst en het kind — eventueel na een zekere onderbreking — in het gastland blijft om er zijn opleiding te vervolgen, die hij in het land van herkomst niet kon voortzetten. Het Hof overwoog daarbij dat de voordelen die aan de gezinsleden van een werknemer toekomen bijdragen tot hun integratie in het sociale leven van het gastland overeenkomstig de doelstellingen van het vrije werknemersverkeer. Wil die integratie slagen — zo vervolgt het Hof —, dan moeten de kinderen van een communautair werknemer de mogelijkheid hebben om in het gastland de school te bezoeken en aldaar een opleiding te volgen, zoals artikel 12 van verordening nr. 1612/68 uitdrukkelijk voorziet, en ook om deze opleiding met succes te kunnen afronden.<sup>46</sup>

80. Die voordelen voor de kinderen zijn echter niet onbeperkt. Het arrest *Echternach en Moritz* heeft betrekking op een specifieke situatie. In het algemeen namelijk kan de non-discriminatoire toegang tot de sociale voordelen van de lidstaat van

ontvangst — behoudens bijzondere omstandigheden<sup>47</sup> — niet worden uitgebreid tot werknemers die de uitoefening van hun beroepsactiviteit in de lidstaat van ontvangst hebben gestaakt en hebben besloten terug te keren naar hun lidstaat van herkomst. Zo behoeft geen studiefinanciering te worden gegeven in een geval waarin de werknemer terugkeert en met hem het kind ten behoeve van wie aanspraak op studiefinanciering had bestaan.<sup>48</sup>

#### *D — De betekenis van het discriminatieverbod*

81. Om te beginnen verbiedt volgens vaste rechtspraak van het Hof het zowel in artikel 39 EG als in artikel 7 van verordening nr. 1612/68 neergelegde beginsel van gelijke behandeling niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden. Betrokkenen kunnen een beroep doen op dit als zodanig ruim uitgelegde verbod. Voorwaarde is wel dat zij zich niet bevinden buiten de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht, zo stelde het Hof in het arrest *Morson en Jhanjan*.<sup>49</sup>

47 — Zie voor die bijzonder omstandigheden vooral arrest van 27 november 1997, *Meints* (C-57/96, Jurispr. blz. I-6689), dat een uitkering betrof waarvan de toekenning afhing van een kort tevoren geëindigde arbeidsverhouding en die onlosmakelijk was verbonden met de objectieve hoedanigheid van werknemer van de begunstigden.

48 — Arrest van het Hof van 20 maart 2001, *Fahmi en Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado* (C-33/99, Jurispr. blz. I-2415, punt 47).

49 — Aangehaald in voetnoot 35, punten 15-17.

45 — Arrest van 15 maart 1989 (389/87 en 390/87, Jurispr. blz. 723).

46 — Zie de punten 20 en 21 van het arrest.

82. Het verbod op discriminatie speelt een belangrijke rol in de rechtspraak van het Hof op het gebied van het vrije personenverkeer. Veel van de aanspraken die het gemeenschapsrecht heeft verleend vloeien voort uit het verbod om migrerende Unieburgers en hun gezinsleden een nadeliger behandeling te geven dan een persoon waarmee zij worden vergeleken.

van de echtgenoot van degene die reeds een onbeperkt verblijfsrecht heeft.<sup>51</sup>

83. Het verbod kent in het verband van het vrije personenverkeer twee nuances. Aan de ene kant staat het Hof soms toe dat de eigen onderdaan beter wordt behandeld dan de onderdaan van een andere lidstaat. Dit onderscheid komt eruit voort dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen onvoorwaardelijk verblijfsrecht van de onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat bestaat.<sup>50</sup> Het onderscheid in behandeling kan ook doorwerken in een verschil in behandeling tussen de echtgenoot van de eigen onderdaan en de echtgenoot van de onderdaan van een andere lidstaat. Meer in het bijzonder mag, aldus het Hof, een lidstaat ten aanzien van de echtgenoot van degene die niet zelf voor een onbeperkt verblijfsrecht in aanmerking komt, voor de toekenning van een onbeperkt verblijfsrecht een langere verblijfsduur op zijn grondgebied verlangen dan ten aanzien

84. Aan de andere kant speelt de omgekeerde discriminatie een belangrijke rol. Een lidstaat mag zijn eigen onderdanen aan regels onderwerpen die hij niet mag opleggen aan onderdanen van andere lidstaten aangezien die regels de uitoefening van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van laatstgenoemde onderdanen zouden belemmeren. Deze bevoegdheid van de lidstaat werkt echter niet onverkort. Een onderdaan van een lidstaat heeft in situaties die binnen de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, ongeacht zijn nationaliteit en onverminderd de uitdrukkelijk vastgestelde uitzonderingen, aanspraak op een gelijke behandeling rechtens.<sup>52</sup> Bevindt men zich binnen die werkingssfeer, dan geldt namelijk ook voor de eigen onderdaan dat hij wordt belemmerd in de uitoefening van een door het gemeenschapsrecht gewaarborgde vrijheid. Een en ander betekent dat discriminatie van de eigen onderdaan slechts mogelijk is indien alle relevante aspecten van een casus zich in een enkele lidstaat afspelen. Het Hof beschouwt een zodanige casus als een zuiver interne aangelegenheid van een lidstaat wegens het ontbreken van ieder aan-

51 — Arrest van 11 april 2000, Kaba (C-356/98, Jurispr. blz. I-2623, punten 30-32).

52 — Arrest van 11 juli 2002, D'Hoop (aangehaald in voetnoot 43, punten 28 en 29). Hierbij verwijst het Hof nadrukkelijk naar het burgerschap van de Unie, zoals geduid in het arrest Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193).

50 — Ook de erkenning van de rechtstreekse werking van artikel 18 EG in het arrest Baumbast en R leidt daar niet toe.

knopingspunt met de onder het gemeenschapsrecht vallende situaties.<sup>53</sup> Maar, het is goed ook op dit punt te benadrukken dat het Hof de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht ruim opvat.

heid. In de rechtspraak tref ik de volgende vergelijkingen aan:

85. Hiermee heb ik het verbod op discriminatie, voorzover van belang voor deze zaak, voldoende in kaart gebracht. Dit brengt mij bij de inhoud van de discriminatie: gelijke behandeling ten opzichte van wie? De klassieke discriminatie betreft de communautaire migrant die zich in een andere lidstaat vestigt. Deze moet gelijk worden behandeld aan de onderdaan van die lidstaat. Een klassiek voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest Reed<sup>54</sup>, waarin een lidstaat, die in verband met de verkrijging van bepaalde voordelen bij eigen onderdanen gehuwde en niet-gehuwde partners gelijkstelt, deze voordelen waar het gaat om communautaire migranten niet mag beperken tot echtgenoten van de migrant.

— de vergelijking met degene die gevestigd blijft in de lidstaat waarin hij zijn vrijheid heeft uitgeoefend (arrest Fahmi en Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado).

— de vergelijking met de eigen onderdaan die geen gebruik heeft gemaakt van het gemeenschapsrecht (arrest D'Hoop).

— de vergelijking met degene die zich naar een andere lidstaat (een derde lidstaat) begeeft (arrest Singh).

86. De onderhavige zaak heeft echter geen betrekking op deze klassieke situatie maar op een vorm van omgekeerde discriminatie: de burger die terugkeert in zijn eigen land na gebruik te hebben gemaakt van een door het gemeenschapsrecht gewaarborgde vrij-

87. Het arrest Fahmi en Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado<sup>55</sup> vormt een bevestiging van eerdere rechtspraak die betrekking heeft op het behoud na terugkeer in het eigen land van sociale voordelen die een migrerend werknemer toekwamen op grond van verordening nr. 1612/68. Het ging daarbij onder meer om het behoud van het recht op studiefinanciering voor de kinderen van de werknemer.<sup>56</sup> Artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 kan niet aldus wor-

53 — Zie meer uitgebreid mijn conclusie bij arrest van 5 maart 2002, Reisch e.a. (C-515/99, C-519/99—C-524/99 en C-526/99—C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punten 77 e.v.). Invalshoek van mijn uiteenzetting was daar de ontvankelijkheid van de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen, in verband met het mogelijke ontbreken van een aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht.

54 — Arrest van 17 april 1986 (59/85, Jurispr. blz. 1283, punten 25 e.v.).

55 — Aangehaald in voetnoot 48.

56 — Zie ook punt 80 hierboven. Vergelijkbaar is ook de casus in arrest van 30 september 1975, Cristini (32/75, Jurispr. blz. 1085), waarin het ging om aan werknemers toegekende reductiekaarten voor de trein.

den uitgelegd, dat zij het behoud van een sociaal voordeel garandeert aan migrerende werknemers die hun beroepsactiviteit in de lidstaat van ontvangst hebben gestaakt en naar hun lidstaat van herkomst zijn teruggekeerd.<sup>57</sup> Ik vat deze rechtspraak breder op. Na terugkeer in de eigen lidstaat is er geen reden meer tot vergelijking met diegenen die in een gastland zijn gebleven. Dit geldt met betrekking tot aanspraken die inherent zijn aan een verblijf ter plaatse zoals studiefinanciering, maar ook met betrekking tot andere aanspraken. Iemand bevindt zich weer in de rechtssfeer van de eigen lidstaat en aanspraken gelden dus ten opzichte van die eigen lidstaat.

88. De tweede vergelijking betreffende het discriminatieverbod is te vinden in het arrest D'Hoop.<sup>58</sup> Het zou in strijd zijn met het beginsel van het vrije verkeer indien een persoon in de lidstaat waarvan hij onderdaan is, minder gunstig kon worden behandeld dan wanneer hij geen gebruik zou hebben gemaakt van de door het Verdrag verleende rechten inzake vrij verkeer. Het gaat hier dus om ongelijke behandeling ten opzichte van landgenoten die geen gebruik hebben gemaakt van het vrije verkeer. Iemand mag niet slechter worden van het gebruik van een vrijheid in het EG-verdrag.

89. Dit arrest gaat echter niet in op de vraag of het discriminatieverbod ook meebrengt dat het feit dat iemand gebruik heeft gemaakt van het gemeenschapsrecht hem in een betere positie kan brengen. Het is juist deze uitleg die de heer en mevrouw Akrich in de onderhavige zaak soelaas zou kunnen bieden.

90. Deze uitleg is te vinden in het arrest Singh. Uit deze vergelijking trekt het Hof ook consequenties voor de rechtspositie van de echtgenoot van een gemeenschaps-onderdaan die van het gemeenschapsrecht gebruik heeft gemaakt, wanneer laatstgenoemde naar zijn land van herkomst terugkeert. De echtgenoot heeft ten minste dezelfde rechten van toegang en verblijf als die welke het gemeenschapsrecht hem zou toekennen indien zijn echtgenoot zou besluiten om naar een andere lidstaat, waarvan hij niet de nationaliteit bezit, te gaan en daar te verblijven.

#### *E — De beperkingen uit hoofde van openbare orde en veiligheid*

91. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang,

57 — Arrest Fahmi en Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado, aangehaald in voetnoot 48, punt 46.

58 — Aangehaald in voetnoot 43, punt 30. Opmerkelijk is overigens dat het Hof in eerdere vergelijkbare zaken (o.a. arrest Angonese, aangehaald in voetnoot 43, punten 37 e.v.) redeneert aan de hand van een indirecte discriminatie van onderdanen van andere lidstaten.

geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.<sup>59</sup> Het Hof geeft hiermee een strikte uitleg aan deze beperking van een fundamentele verdragsvrijheid.

van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt. Overigens kent ook richtlijn 68/360 een derogatie uit hoofde van openbare orde en openbare veiligheid. Ik ga er van uit dat de uitleg van deze derogatie niet afwijkt van hetgeen in dit punt is beschreven.

92. Artikel 46 EG erkent de openbare orde en de openbare veiligheid als dwingende redenen van algemeen belang. De openbare orde — en voor de openbare veiligheid geldt hetzelfde — kan worden ingeroepen ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten teneinde hen van het nationale grondgebied te kunnen verwijderen of hun de toegang tot dat grondgebied te kunnen ontzeggen. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof kan een zodanig beroep op de openbare orde eerst worden gedaan, wanneer er een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging bestaat, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.<sup>60</sup> Het Hof baseert zich in zijn rechtspraak rechtstreeks op het Verdrag en het hanteert hiermee op dit punt een criterium dat strikter is dan hetgeen richtlijn 64/221 bepaalt. Soms verwijst het Hof expliciet naar deze richtlijn.<sup>61</sup> Dan stelt het Hof dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling slechts ter zake doet, voorzover uit de omstandigheden die tot deze veroordeling hebben geleid, blijkt van het bestaan

93. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit brengt in casu niet mee dat dezelfde sancties ook ten aanzien van eigen onderdanen worden toegepast. Meer in het bijzonder kunnen de lidstaten om redenen van openbare orde ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten maatregelen nemen waartoe ten aanzien van eigen onderdanen niet kan worden overgegaan, in dier voege dat zij laatstgenoemden niet van het nationale grondgebied kunnen verwijderen of hun de toegang tot dat grondgebied kunnen ontzeggen.<sup>62</sup> Zulks betekent echter niet dat de sancties die worden toegepast op eigen onderdanen en op onderdanen van andere lidstaten volledig uiteen mogen lopen. Een goed voorbeeld bevat het arrest Olazabal.<sup>63</sup> Hierin maakt het Hof de toelaatbaarheid van een maatregel waarbij een onderdaan van een andere lidstaat om reden van openbare orde de toegang wordt geweigerd tot een deel van het nationale grondgebied afhankelijk van de vraag of ook ten aanzien van eigen onderdanen in vergelijkbare gevallen repressieve maatregelen worden genomen.

59 — Zie o.a. arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

60 — Zie de vaste rechtspraak die begint bij het arrest van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, Jurispr. blz. 1337, punten 22 en 23), en loopt via arrest van 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punten 20 en 21), tot arrest van 26 november 2002, Olazabal (C-100/01, Jurispr. blz. I-10981, punt 39).

61 — Zie bijvoorbeeld arrest Calfa, aangehaald in voetnoot 60, punt 24.

62 — Zie bijvoorbeeld arrest Olazabal, aangehaald in voetnoot 60, punt 40.

63 — Aangehaald in voetnoot 60, met name punt 45.

94. In de rechtspraak over de weigering een onderdaan van een derde land toe te laten speelt ook de evenredigheid een belangrijke rol. In dit verband noem ik het arrest BRAX<sup>64</sup> waarin het Hof als volgt overwoog. De terugwijzing aan de grens is in elk geval onevenredig en dus verboden, indien de onderdaan van een derde land die gehuwd is met een onderdaan van een lidstaat, die gebruik maakt van zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende reis- of verblijfsrecht, het bewijs kan leveren van zijn identiteit en zijn huwelijksband en uit niets blijkt dat hij een gevaar is voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Hetzelfde geldt voor de weigering om een verblijfsvergunning af te geven, voorzover die enkel is ingegeven door het feit dat de betrokkene de wettelijke formaliteiten inzake het toezicht op vreemdelingen niet heeft vervuld, en voor de verwijdering van het grondgebied op de enkele grond dat een visum verlopen is.

95. In het arrest *Carpenter* hanteert het Hof als criterium voor de evenredigheid het evenwicht tussen enerzijds het recht op eerbiediging van het gezinsleven — in verband met artikel 8 EVRM — en anderzijds de verdediging van de openbare orde en veiligheid. Het belang van de uitoefening van een fundamentele vrijheid uit het EG-Verdrag maakt dus geen deel uit van de evenredigheidstoets.

64 — Aangehaald in voetnoot 24, met name punten 61, 78 en 90.

## F — *Mogelijk misbruik van het EG-recht*

96. Volgens vaste rechtspraak van het Hof<sup>65</sup> mogen de door het EG-Verdrag geschapen mogelijkheden niet ertoe leiden, dat degenen die daarvan profiteren, deze kunnen misbruiken om zich aan de werking van hun nationale recht te onttrekken. Van misbruik van gemeenschapsrecht kan sprake zijn indien aan twee cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, zo valt af te leiden uit het arrest *Emsland-Stärke*.<sup>66</sup> De eerste voorwaarde wordt gevormd door een geheel van objectieve omstandigheden „waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door gemeenschapsregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt”. De tweede voorwaarde is van subjectieve aard, namelijk de bedoeling van betrokkene om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.

97. De vrijheden uit het Verdrag beletten de lidstaten niet om de nodige maatregelen te nemen om dergelijke misbruiken te voorkomen. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een lidstaat maatregelen treffen die tot doel hebben te verhinderen, dat sommige van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaard-

65 — Het standaardarrest op dit punt is arrest van 7 februari 1979, *Knoors* (115/78, Jurispr. blz. 399, punt 25).

66 — Arrest van het Hof van 14 december 2000 (C-110/99, Jurispr. blz. I-11569, punten 52 en 53). Dit arrest betrof overigens een andere tak van gemeenschapsrecht, namelijk exportrestituties in de landbouw.

bare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen.<sup>67</sup>

98. Een voorbeeld van een door het Hof aanvaarde nationale regeling die misbruik van EG-recht moest voorkomen is te vinden in het arrest *Veronica Omroep Organisatie*<sup>68</sup>. In dit arrest aanvaardde het Hof een nationale regeling die Nederlandse omroepinstellingen verbood steun te verlenen bij de oprichting in het buitenland van commerciële omroepbedrijven, met het doel aldaar diensten te verrichten die gericht zijn op de Nederlandse markt. Die regeling verhinderde namelijk dat die omroepinstellingen zich dankzij de uitoefening van de door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen onttrekken aan de uit de nationale wettelijke regeling voortvloeiende verplichtingen betreffende de pluriforme en niet-commerciële inhoud van de programma's. In dezelfde richting, en misschien nog wel een stap verder gaat het arrest *TV10*<sup>69</sup>. Als misbruik werd aangemerkt het oprichten van een omroepbedrijf overeenkomstig de Luxemburgse wetgeving met een zetel in het Groothertogdom Luxemburg, doch met het voornemen uit te zenden naar Nederland.

99. Misbruik van EG-recht kan dus door middel van nationale maatregelen worden

tegegeneen, alleen is daarmee nog niets gezegd over de speelruimte die de lidstaten daarbij hebben. Die speelruimte is beperkt.

100. In de eerste plaats mag het tegengaan van misbruik niet leiden tot een beperking van door het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden die door het Hof ruim worden uitgelegd. De toepassing van een dergelijke nationale maatregel mag namelijk geen afbreuk doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten.<sup>70</sup> Meer specifiek, de beperking mag geen betrekking hebben op een element dat inherent is aan de uitoefening van een door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid, zo stelt het Hof in het arrest *Centros*.<sup>71</sup> Het ging in dat arrest om een onderdaan van een lidstaat die een vennootschap wil oprichten en vervolgens besluit deze op te richten in een lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkingen opleggen en in andere lidstaten — waaronder zijn eigen lidstaat — filialen op te richten. Er kan dan geen sprake zijn van misbruik van het recht. Immers, aldus het Hof, het recht om een vennootschap op te richten in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en filialen in het leven te roepen in andere lidstaten, is inherent aan de uitoefening, binnen een gemeenschappelijke markt, van de door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging.

101. Wat opvalt is dat het Hof een vergelijkbare redenering niet heeft gehanteerd

67 — Zie o.a. arrest van 9 maart 1999, *Centros* (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24). De rechtspraak gaat terug tot arrest van 3 december 1974, *Van Binsbergen* (33/74, Jurispr. blz. 1299).

68 — Arrest van 3 februari 1993 (C-148/91, Jurispr. blz. I-487, punt 13).

69 — Arrest van 5 oktober 1994, *TV10* (C-23/93, Jurispr. blz. I-4795, punten 14 en 21).

70 — Zie o.a. arrest van 12 mei 1998, *Kefalas e.a.* (C-367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 22).

71 — Aangehaald in voetnoot 67, punt 27.

in het arrest TV10. Ook in die zaak immers werd gebruikgemaakt van een aan de vrijheid van vestiging inherent recht, namelijk de oprichting van een vennootschap in een andere lidstaat. Ik ben van mening dat het arrest TV10 in zijn specifieke context moet worden gezien. De oprichting van de vennootschap in een andere lidstaat geschiedde louter en alleen om een nationale regeling te ontduiken die een door het Hof aanvaarde doelstelling van algemeen belang op het gebied van het cultuurbeleid nastreeft. En de oprichting van de vennootschap had tot gevolg dat de doelstelling van algemeen belang niet meer goed kon worden geëffectueerd.

102. In de tweede plaats mogen de bedoelingen van degene die gebruik heeft gemaakt van het EG-recht niet worden getoetst. In het arrest Levin<sup>72</sup> bepaalt het Hof met zoveel woorden dat de mogelijke bedoelingen van een werknemer irrelevant zijn en niet in aanmerking mogen worden genomen. Beslissend is of de vrijheid wordt gebruikt in overeenstemming met het Verdrag. Zoals advocaat-generaal Slynn in zijn conclusie ten behoeve van dit arrest ook stelt is niet goed vast te stellen wat de bedoeling van een werknemer is die in een andere lidstaat gaat werken. Het kan hem daadwerkelijk om de baan gaan, maar bijvoorbeeld ook om in de nabijheid van familie te wonen of om het klimaat. Het Hof gaat in het arrest overigens ook nadrukkelijk in op de betekenis van het feit dat het verblijfsrecht ingevolge artikel 39, lid 3, alleen toekomt aan diegene

die in een andere lidstaat verblijft *teneinde* daar arbeid te verrichten. De term „teneinde” heeft volgens het Hof niets te maken met de werkelijke bedoeling van het verblijf in de andere lidstaat. Voorzover deze term een bedoeling uitdrukt gaat het, zo lees ik het arrest, om de bedoeling tijdens het verblijf ook echt arbeid te verrichten.

103. Ondanks deze duidelijke bewoordingen in het arrest Levin speelt de bedoeling van de betrokkene in de rechtspraak van het Hof sindsdien wel een rol. In het arrest Lair<sup>73</sup> stelt het Hof dat van misbruik van het EG-recht sprake is indien aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat een werknemer zich naar een andere lidstaat begeeft met het enkele doel om, na een zeer korte periode van beroeps-werkzaamheid, een bepaalde aanspraak te kunnen maken.

104. In het arrest Knoors relateert het Hof de bevoegdheid van de lidstaten om misbruik tegen te gaan nog op een opvallende wijze. Het Hof wijst erop dat in richtlijn 64/427<sup>74</sup> regels zijn gesteld voor de minimumduur van het verblijf in een andere lidstaat door bepaalde zelfstandigen

<sup>73</sup> — Aangehaald in voetnoot 31, punt 43.

<sup>74</sup> — Richtlijn 64/427/EEG van de Raad van 7 juli 1964 betreffende de overgangsmaatregelen op het gebied van de anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden van de be- en verwerkende nijverheid behorende tot de klassen 23 tot en met 40 van de I.S.I.C. (Industrie en Ambacht) (PB 1964, 117, blz. 1863).

<sup>72</sup> — Aangehaald in voetnoot 28, punt 22.

en bovendien dat het de Gemeenschap vrij staat om op Europees niveau maatregelen te nemen die de oorzaak van wetsontduiking kunnen tegengaan.

arrest Grzelczyk. Volgens het Hof dient de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten te zijn.<sup>76</sup> En bij de burger, zo lijkt het Hof te benadrukken, behoort vaak een gezin.

105. Tot slot merk ik nog op dat het Hof, indien het het tegengaan van misbruik aanvaardt, daartoe de volgende redenering hanteert. Een nationale regeling die zijn rechtvaardiging vindt in een dwingende reden van algemeen belang mag worden toegepast op onderdanen van de eigen lidstaat die het gemeenschapsrecht louter en alleen gebruiken om zich aan die regeling te onttrekken.

107. In zijn rechtspraak wijst het Hof er nadrukkelijk op dat de gemeenschapswetgever het belang heeft erkend van de bescherming van het gezinsleven van de onderdanen van de lidstaten voor de opheffing van de belemmeringen van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden, wat met name blijkt uit de verordeningen en richtlijnen van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen binnen de Gemeenschap.<sup>77</sup> Zo moet verordening nr. 1612/68 worden uitgelegd met inachtneming van het in artikel 8 EVRM genoemde recht op eerbiediging van het gezinsleven. Uit het stelsel en het doel van deze verordening vloeit voort dat de Raad ter bevordering van het vrije verkeer van de familieleden van de werknemers in aanmerking heeft genomen, dat het voor de werknemer uit menselijk oogpunt van belang is om samen te wonen met zijn familie.<sup>78</sup>

### G — *De burger en zijn gezin*

106. Om te beginnen noem ik het burgerschap van de Unie dat in deze zaak op zichzelf niet ter discussie staat, maar dat wel een indicatie geeft voor de ruime bescherming die het gemeenschapsrecht aan migranten binnen de Europese Unie verleent. In het arrest Baumbast en R heeft het Hof als gezegd de rechtstreekse werking erkend van artikel 18 EG, dat de burger van de Unie een reis- en een verblijfsrecht verleent.<sup>75</sup> Het arrest Baumbast en R voltooit een ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof waarin aan het burgerschap steeds meer waarde wordt toegekend. Een belangrijke stap in dit verband vormde het

108. Artikel 8 EVRM speelt niet alleen een rol bij de uitlegging van de bedoelingen van

75 — Zie punt 54 van deze conclusie.

76 — Arrest van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 31).

77 — Zie bijvoorbeeld arrest BRAX, aangehaald in voetnoot 24, punt 53, en arrest Carpenter, aangehaald in voetnoot 24, punt 38.

78 — Arrest van 18 mei 1989, Commissie/Duitsland (249/86, Jurispr. blz. 1263, punten 10 en 11).

de gemeenschapswetgever, maar wordt ook op andere terreinen steeds belangrijker als toetsingskader voor het Hof. Zo ga ik ervan uit dat artikel 8 EVRM de uitlegging en de toepassing van het EG-verdrag zelf — en dan denk in het verband van de onderhavige zaak vooral aan artikel 39 EG — begrenst. En verder wijs ik op het arrest Carpenter.<sup>79</sup> In dit arrest toetst het Hof een besluit van een lidstaat rechtstreeks aan artikel 8 EVRM. Het Hof stelt aldus: „Ook al waarborgt het EVRM als zodanig een buitenlander geen enkel recht om een bepaald land binnen te komen of er te verblijven, het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, kan een inmenging zijn in het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8, lid 1, van het EVRM. Een dergelijke inmenging is in strijd met het EVRM indien zij niet voldoet aan de vereisten van artikel 8, lid 2, ervan, namelijk indien zij niet bij de wet is voorzien, is ingegeven door een of meer met betrekking tot dat lid legitieme doelstellingen, en in een democratische samenleving nodig is [...]”

## H — *Synthese*

109. Hierboven, in punt 65 maakte ik de preliminaire opmerking dat de rechtspraak

van het Hof op het gebied van het vrije werknemersverkeer een extensief karakter heeft. De behandeling van de rechtspraak maakt het mogelijk dit extensieve karakter nader te duiden.

110. Ik begin bij de extensieve rechtspraak omtrent de werkingssfeer van het vrije werknemersverkeer. Om een recht te vestigen dient een handelen van een EU-burger binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht te vallen en dient hij werknemer te zijn. Het gemeenschapsrecht is van toepassing zodra er een grensoverschrijdend element is; een werknemer hoeft zich daartoe niet in een andere lidstaat te vestigen. Om als werknemer te worden aangemerkt volstaat een arbeidsverhouding van beperkte duur en omvang.

111. Ook de inhoud van het recht van de communautaire werknemer wordt door het Hof ruim uitgelegd. Ten eerste: het is een geobjectiveerd recht. De bedoelingen van de werknemer spelen in beginsel geen rol. Ten tweede: het recht om in een andere lidstaat te reizen en te verblijven moet ten volle kunnen worden uitgeoefend. Het recht wordt dan ook aangevuld met een reeks aan ruim uitgelegde accessoire rechten, waaronder het recht zich door de echtgenoot te doen vergezellen. Dit gaat zelfs zo ver dat de echtgenoot zelfstandige aanspraken ontleent aan het gemeenschapsrecht. Ten derde: zelfs als iemand de hoedanigheid van communautair werknemer verliest, bij terugkeer in eigen land, behoudt hij bepaalde rechten die hij heeft verworven op grond van zijn eerdere hoe-

<sup>79</sup> — Aangehaald in voetnoot 24, punten 41 e.v. Geciteerd wordt hier punt 42.

danigheid. Ten vierde: de mogelijkheden voor de werknemer zich te beroepen op het discriminatieverbod zijn zeer ruim. Soms heeft de communautaire werknemer die terugkeert in eigen land meer rechten dan zijn landgenoten die het land niet hebben verlaten. Ten vijfde: de ruime uitleg van het recht van de communautaire werknemer wordt nog versterkt door het belang dat het Hof toekent aan artikel 8 EVRM.

door de verwijzende rechter gestelde vragen. Ik steun de Britse regering voorzover zij beoogt te stellen dat een in algemene termen gesteld antwoord de rechtszekerheid niet ten goede komt. Dit betekent eveneens dat ik het niet eens ben met het betoog van de Griekse regering dat de nationale rechter het meest geschikt is om te oordelen.<sup>80</sup>

112. De mogelijke beperkingen van het recht van de werknemer worden daarentegen strikt opgevat. Dit geldt voor de uitleg van het begrip openbare orde als beperkingsgrond en voor het aannemen van misbruik van gemeenschapsrecht.

114. Ten gronde stelt de Britse regering dat de maatregelen die een lidstaat kan nemen op grond van richtlijn 64/221 onvoldoende effect sorteren. Zij spreekt de angst uit dat indien het Hof beslist dat de heer Akrich op grond van het gemeenschapsrecht een recht heeft in het Verenigd Koninkrijk te verblijven, het mogelijk zou worden voor alle echtgenoten uit derde landen ongestraft nationaal recht te omzeilen en een verblijfsrecht te verkrijgen indien zij getrouwd zijn met een onderdaan van een lidstaat. Hierdoor zou het recht van de lidstaten om maatregelen te nemen tegen misbruik marginaal worden.

## VII — Beoordeling

### A — *Opmerkingen vooraf*

113. Ik begin met een opmerking over de aanpak. De Britse regering vraagt aan het Hof om een duidelijk antwoord dat de nationale rechter in staat stelt te bepalen of het beroep op het gemeenschapsrecht terecht is of dat het element van misbruik of frauduleus handelen de doorslag geeft. Ik houd dit verzoek van de Britse regering in gedachten bij de beantwoording van de

115. De Commissie wijst er daarentegen op dat toepassing van de nationale immigratiewetgeving zou betekenen dat nationaal recht voorrang heeft ofschoon een persoon door het gemeenschapsrecht wordt beschermd. In deze zaak heeft betrokkene dan ook niet te maken met het nationale recht. De Commissie verwijst in dit ver-

<sup>80</sup> — Zie punt 172 hieronder.

band naar het arrest *Centros*<sup>81</sup>. Naar het oordeel van de Commissie is er geen dwingend nationaal belang dat de toepassing van de nationale wetgeving rechtvaardigt.

116. De inbreng van de heer Akrich gaat in dezelfde richting. Volgens hem is op het gebied van het vrije verkeer van personen sprake van volledige harmonisatie en heeft een lidstaat diensgevolge geen recht meer om unilaterale maatregelen op dit gebied te nemen. Indien een lidstaat een bepaalde categorie personen uitsluit van de aanspraken op het gebied van het vrije personenverkeer door een extra vereiste aan het werknemersbegrip toe te voegen, belemmert dit het vrije verkeer van personen zelf. Hij stelt tevens dat de Britse regering geen maatregelen mag nemen die verdergaan dan de maatregelen die genomen kunnen worden op grond van richtlijn 64/221. Elke restrictievere maatregel is per definitie disproportioneel.

117. Het curieuze van deze zaak is volgens de heer Akrich dat de Secretary of State accepteert dat het voor een andere lidstaat op grond van het gemeenschapsrecht niet mogelijk is de heer Akrich de toegang en het verblijf op zijn grondgebied te weigeren maar dat het Verenigd Koninkrijk dit wel doet. Dit is de ongerijmdheid die ik in punt 62 schetste.

## B — *Het dilemma*

118. Ik besloot de inleiding van deze conclusie met het volgende dilemma: moet de ruime rechtspraak van het Hof, zoals die onder meer tot uitdrukking komt in het arrest *Singh*, tot consequentie hebben dat nationale immigratiewetgeving steeds buiten toepassing moet blijven, waar het gaat om van buiten de Europese Unie afkomstige echtgenoten van gemeenschapsonderdanen die zich niet legaal op het grondgebied van de Europese Unie bevinden? Dit dilemma staat centraal bij de beoordeling van deze zaak.

119. Aan de ene kant staat de immigratiewetgeving, waarin de toelating van onderdanen van derde landen tot de Europese Unie wordt gereguleerd. De immigratiewetgeving die nog grotendeels op het niveau van de lidstaten is vastgelegd heeft als hoofdkenmerk dat het een drempel opwerpt voor de toegang van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de Europese Unie. Die drempel bestaat uit twee elementen. Ten eerste: de toelating vindt pas plaats na een voorafgaande individuele beoordeling door de autoriteiten. Ten tweede, de gronden voor toelating zijn limitatief. Daar komt bij dat de drempel steeds hoger is geworden naarmate de immigratiedruk op (de lidstaten van) de Europese Unie is toegenomen.

120. Aan de andere kant staat het personenverkeer binnen de Europese Unie zelf. Dit interne personenverkeer dat bijna vol-

81 — Aangehaald in voetnoot 67; zie meer uitgebreid punt 100.

ledig op het niveau van de Europese Unie is vastgelegd heeft als hoofdkenmerk dat het binnen de Europese Unie de drempel om toegang te verkrijgen tot een andere lidstaat zoveel mogelijk wegneemt. Het wegnemen van die drempel betekent het volgende. Ten eerste: iemand heeft toegang tot een andere lidstaat zonder een voorafgaande individuele beoordeling. Ten tweede: de gronden voor toegang zijn in beginsel onbeperkt. Alleen erkent het gemeenschapsrecht bepaalde, limitatief omschreven beperkingen aan de uitoefening van het reis- en verblijfsrecht. Daar komt bij dat de drempel voor toegang tot een andere lidstaat door de gemeenschapswetgever en het Hof in de loop der jaren steeds verder is verlaagd.

het interne vrije personenverkeer. En ook het akkoord van Schengen van 14 juni 1985 ging er reeds van uit dat een afschaffing van de controles aan de binnengrenzen alleen mogelijk zou zijn bij een verscherpte controle aan de buitengrenzen.

122. Tot zover functioneert het systeem. Burgers van de Europese Unie — die aan hun hoedanigheid van burger van de Unie het recht ontlenen in andere lidstaten te reizen en te verblijven — en onderdanen van derde landen die na een voorafgaande individuele beoordeling op grond van de immigratiewetgeving tot de Europese Unie zijn toegelaten kunnen profiteren van de rechten die het vrije personenverkeer hun toekent.

121. Een uitvoerbare en handhaafbare immigratiewetgeving zoals hierboven beschreven vormt een noodzakelijke voorwaarde voor de voltooiing van een interne markt waarin de interne grenscontroles kunnen worden opgeheven en personen binnen die gehele Unie vrij kunnen circuleren. En dit laatste belang — het tot stand komen van die interne markt met een vrij personenverkeer — vormt juist een van de redenen waarom de gemeenschapswetgever en de gemeenschapsrechter hebben gekozen voor een ruime werkingssfeer van artikel 39 EG. Het verband tussen de regulering van de immigratie naar de Europese Unie en het vrije verkeer daarbinnen blijkt onder meer uit artikel 61, onderdeel a, EG. Het Verdrag noemt daar de controle aan de buitengrenzen als begeleidende maatregel voor

123. Echter, er bevindt zich een wezenlijke ongerijmdheid in het systeem. Soms kunnen ook personen die nog niet tot de Europese Unie zijn toegelaten een verblijfsrecht ontlenen aan de regels van het interne personenverkeer. Dit geldt onder meer op basis van artikel 10 van verordening nr. 1612/68 voor de echtgenoot van een migrerende werknemer. Het is deze status van echtgenoot waarop de heer Akrich zich beroept. Deze echtgenoten hebben toegang tot de Europese Unie zonder een voorafgaande individuele beoordeling door de immigratie-autoriteiten. En in het geval van de heer Akrich blijkt dat die toegang zelfs kan worden verkregen door een persoon die

eerder op basis van de immigratiewetgeving van een lidstaat is uitgewezen uit de Europese Unie. Deze kan aldus met een beroep op het gemeenschapsrecht een verblijfsrecht verkrijgen in een andere lidstaat dan de lidstaat die hem heeft uitgewezen.

124. Het Hof kan deze ongerijmdheid in deze zaak niet wegnemen. Immers, de toelating van de heer Akrich in Ierland, zonder voorafgaande individuele beoordeling, staat in deze zaak niet ter discussie.

125. De vragen die bij het Hof voorliggen betreffen niet de ongerijmdheid zelf. Veel-  
eer gaat het erom vast te stellen tot hoever de consequenties van deze ongerijmdheid gaan. Meer in concreto, indien mevrouw Akrich in Ierland als migrerend werknemer mocht worden aangemerkt, dan behoudt zij op grond van de rechtspraak op het gebied van het vrije personenverkeer, meer in bijzonder het arrest Singh, bij terugkeer in het Verenigd Koninkrijk een aantal rechten die haar als migrerend werknemer toekwamen, waaronder het recht zich door haar echtgenoot te doen vergezellen.

126. Het Hof dient zich nu te buigen over de vraag of deze algemene formulering in het arrest Singh ook van toepassing is in een geval waarin de echtgenoot die de werknemer in het eigen land vergezelt buiten de normale immigratieregels om — dus: zonder individuele voorafgaande beoordeling — tot het grondgebied van de

Europese Unie was toegelaten. Moet een lidstaat desalniettemin aanvaarden dat deze echtgenoot van een eigen onderdaan aan de toepassing van de immigratiewetgeving is onttrokken? Normaal gesproken staat de bevoegdheid van een lidstaat om de echtgenoot van een eigen onderdaan die de nationaliteit heeft van een derde land aan een beoordeling te onderwerpen ingevolge de nationale immigratiewetgeving immers vast. Het EG-recht op het gebied van het vrije personenverkeer is, zo blijkt uit het arrest Morson en Jhanjan, daarop niet van toepassing. En die voorafgaande beoordeling van echtgenoten uit derde landen vormt een wezenlijk element van het immigratiebeleid, onder meer in verband met het risico van schijnhuwelijken.

127. Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt kan het gemeenschapsrecht aldus worden gebruikt om zich aan de nationale wetgeving te onttrekken. Dit heeft niet alleen gevolg voor de effectiviteit van de nationale immigratiewetgeving — een U-bocht die beoogt deze wetgeving te omzeilen wordt op deze manier gesauveerd — maar het betekent tevens dat schade wordt toegebracht aan een noodzakelijke voorwaarde voor het interne personenverkeer binnen de Europese Unie.

128. De consequenties van de ongerijmdheid bij een ongunstige toepassing van

het arrest Singh gaan in de specifieke casus uit het hoofdgeding nog een stap verder. Alsdan zou een lidstaat die na een voorafgaande individuele beoordeling in het kader van haar immigratiewetgeving heeft besloten een onderdaan van een derde land op basis van zijn nationale immigratiewetgeving uit te wijzen, gehouden zijn deze persoon alsnog toe te laten zonder dat binnen de Europese Unie een nieuwe individuele beoordeling heeft plaatsgevonden.

129. Daar komt het volgende bij. Mede op grond van de verklaringen van betrokkenen staat vast dat de heer en mevrouw Akrich hun leef- en werkomstandigheden zodanig hebben ingericht dat hun ingevolge het gemeenschapsrecht een verblijfsrecht toekomt dat niet kan worden beperkt door de toepassing van nationale immigratiewetgeving. De heer Akrich gebruikt hiermee het vrije personenverkeer als voertuig om de Europese Unie binnen te komen, terwijl de voor hem bedoelde regels van immigratierecht geen recht op toelating scheppen.

### C — Oordeel over het dilemma

130. Het is dus zinvol na te gaan of de reikwijdte van het arrest Singh niet een nauwkeuriger definitie behoeft. Overigens spreekt de Commissie op dit punt bezorgdheid uit. Zij vreest dat bij het formuleren van criteria om misbruik van gemeenschapsrecht tegen te gaan de essentie van de Singh-rechtspraak zal worden ingeperkt.

Mijn vrees gaat een andere kant op. Indien het arrest Singh zonder enige nuance zou moeten worden uitgelegd, zou als gezegd de immigratiewetgeving aan effectiviteit kunnen verliezen.

131. Ik ben van oordeel dat onder de omstandigheden van het hoofdgeding het gemeenschapsrecht niet zodanig mag worden uitgelegd dat de immigratiewetgeving van een lidstaat buiten toepassing moet blijven.

132. Ingevolge het arrest Singh heeft een onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat als werknemer heeft gewerkt bij terugkeer in eigen land het recht zich te doen vergezellen van de echtgenoot. Naar mijn oordeel blijkt uit dit arrest niet dat dit recht onder alle omstandigheden bestaat. In de eerste plaats heeft het Hof in het arrest Singh geen uitspraak behoeven te doen over de vraag of dat recht eveneens bestaat indien de echtgenoot geen eigen verblijfstitel heeft in de Europese Unie, na een individuele voorafgaande beoordeling overeenkomstig de immigratiewetgeving van een lidstaat. In de tweede plaats lijkt het Hof zich ervan bewust dat het recht van de onderdaan van de lidstaat niet iedere individuele beoordeling uitsluit. Het wijst er immers met nadruk op dat in de zaak Singh niet was gesteld dat het huwelijk van de echtelieden Singh een

schijnhuwelijk was.<sup>82</sup> In de derde plaats baseert het Hof zijn oordeel op het argument dat een belemmering bij terugkomst in eigen land ertoe kan leiden dat een onderdaan van een lidstaat geen gebruik maakt van zijn recht om in een andere lidstaat te gaan werken. Dit argument gaat niet op in een geval waarin de echtgenoot niet tot de eigen lidstaat is toegelaten. Dan is er, gelet op de hierboven geschetste ongerijmdheid in het systeem, voor de gemeenschapsonderdaan juist een reden om in een andere lidstaat te gaan werken.

de echtgenoot niet wordt toegelaten. Een en ander is normaal gesproken niet anders indien het huwelijk wordt gesloten gedurende het verblijf in een andere lidstaat.

133. Het arrest Singh schept zowel een recht voor de gemeenschapsonderdaan om zich bij terugkeer in eigen land te doen vergezellen van de echtgenoot als een recht voor de echtgenoot die de nationaliteit van een derde land bezit om zich te vestigen in die lidstaat zonder te zijn onderworpen aan de immigratiewetgeving. Deze rechten moeten worden beschouwd in de context van het vrije personenverkeer binnen de Europese Unie. Een burger van de Unie die getrouwd is met een onderdaan van een derde land moet indien hij gebruikmaakt van een hem toekomend recht in een andere lidstaat te verblijven zijn echtgenoot kunnen meenemen. Eveneens moet hij er van uit kunnen gaan dat wanneer hij later in eigen land terugkeert de echtgenoot niet wordt onderworpen aan een individuele voorafgaande beoordeling overeenkomstig de immigratiewetgeving, met het risico dat

134. Het arrest Singh schept echter voor de onderdaan van een derde land géén recht op toelating tot het grondgebied van de Europese Unie. Daarvoor geldt de immigratiewetgeving van de lidstaten, volgens welke wetgeving een individuele voorafgaande beoordeling is vereist. De ongerijmdheid in het systeem die meebrengt dat een echtgenoot van een migrerend werknemer zonder een individuele voorafgaande beoordeling op het grondgebied van een lidstaat mag verblijven, betekent niet dat daarmee voor deze een onbeperkt reis- en verblijfsrecht in de Europese Unie bestaat.

135. Een beperkte uitleg van dit reis- en verblijfsrecht is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof op het gebied van het vrije personenverkeer. Het in het algemeen extensieve karakter van deze rechtspraak komt immers voort uit het wezen van het vrije personenverkeer. De rechten die het EG-Verdrag aan de burgers van de Unie toekent kunnen slechts ten volle worden uitgeoefend indien belemmeringen zoveel mogelijk worden opgeheven. Voor een volle werking van het vrije personenverkeer binnen de Europese Unie is het eveneens van belang dat de controles bij binnenkomst aan de buitengrenzen van de Europese Unie effectief kunnen plaatsvinden. Het interne vrije personenverkeer kan niet ten volle werken naarmate het voor onderdanen van derde landen eenvoudiger wordt om met gebruikmaking van het

82 — Zie punt 12 van arrest Singh, aangehaald in voetnoot 2.

gemeenschapsrecht toelating te verkrijgen tot de Europese Unie zonder dat de controles bij binnenkomst hebben kunnen plaatsvinden. Anders gezegd, een beperking van deze mogelijkheden voor onderdanen van derde landen is — gelet op het voorgaande — een noodzakelijke voorwaarde voor een onbelemmerd vrij personenverkeer binnen de Europese Unie. Daarbij maakt het niet uit dat de toelating van onderdanen van derde landen thans op het niveau van de lidstaten is geregeld. Ook als straks op grond van artikel 63 EG de gemeenschapscompetentie is ingevuld, zal aan de genoemde voorwaarde moeten worden voldaan.

136. Dit brengt mij tot het volgende oordeel: het recht dat de echtgenoot van de migrerende werknemer toekomt ingevolge artikel 10 van verordening nr. 1612/68 mag worden beperkt, in een geval waarin het een echtgenoot betreft die onderdaan is van een derde land en die niet overeenkomstig de immigratiewetgeving tot de Europese Unie is toegelaten. In wezen gaat het hier immers niet om een recht dat onderdeel uitmaakt van het vrije personenverkeer maar om een titel voor onderdanen van derde landen tot toelating tot de Europese Unie. Hieraan doet niet af dat de considerans van verordening nr. 1612/68 het verblijfsrecht van de echtgenoot betitelt als een fundamenteel recht behorend tot het interne vrije personenverkeer.

137. Dit betekent dat een lidstaat in het geval als in het vorige punt genoemd in

beginsel gerechtigd is de betreffende onderdaan eerst toegang tot zijn grondgebied te verlenen na een voorafgaande individuele beoordeling. De bevoegdheid van een lidstaat deze persoon aan een zodanige beoordeling te onderwerpen is noodzakelijk in verband met de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de immigratiewetgeving.

#### *D — Uitwerking van dit oordeel*

138. Ten eerste is een uitvoerbare en handhaafbare immigratiewetgeving dat de toegang tot de Europese Unie uit derde landen reguleert een noodzakelijke voorwaarde voor de voltooiing van de interne markt met daarbinnen een vrij verkeer van personen. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht is de controle op de immigratie van buiten een taak van de lidstaten. Het gemeenschapsrecht mag niet zodanig worden uitgelegd dat zij die taak niet kunnen waarmaken.

139. Ten tweede: de voorafgaande individuele beoordeling van binnenkomende onderdanen van derde landen aan de hand van in de nationale wetgeving vastgelegde criteria behoort tot de kern van de nationale bevoegdheid. Indien de nationale wetgeving moet wijken is de lidstaat niet bevoegd om de toelating van een onderdaan van een derde land afhankelijk te stellen van een individuele beoordeling,

onafhankelijk van de vraag of die beoordeling uiteindelijk tot een toelating zou leiden. Een dergelijke beoordeling is immers slechts mogelijk in verband met een gevaar voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Een verdergaande toetsing zal al snel onevenredig zijn en dus verboden, gelet op de eisen die het Hof daaraan stelt, bijvoorbeeld in het arrest BRAX.<sup>83</sup>

140. Ten derde: voorkomen moet worden dat het gemeenschapsrecht kan worden gebruikt om de nationale immigratiewetgevingen van de lidstaten — en met name de individuele voorafgaande beoordeling — te omzeilen. Dit geldt des te sterker in de situatie in het hoofdgeding waar het gemeenschapsrecht wordt gebruikt om de rechtskracht te ontnemen aan een eerder besluit tot uitwijzing uit een lidstaat. In het individuele geval van de heer Akrich was het een eerder gepleegd strafbaar feit dat tot zijn uitzetting uit het Verenigd Koninkrijk had geleid en dat vervolgens ook de toelating als echtgenoot van een Brits onderdaan verhindert.

141. Ten vierde: de omvang van de risico's voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaar-

heid van de nationale immigratiewetgeving ware niet te onderschatten. Immers:

- de personele werkingssferen van het gemeenschapsrecht en de nationale immigratiewetgeving convergeren steeds meer;<sup>84</sup>
- het Hof geeft een ruime bescherming aan het vrije personenverkeer als een van de fundamentele rechten van het EG-Verdrag;
- iedere verruiming van de rechtspraak van het Hof kan aanleiding vormen voor nieuwe omzeilingsconstructies. Zo baseren de heer en mevrouw Akrich zich expliciet op het arrest Singh.

142. Ik wijs er in dit verband op dat de specifieke casus van de heer en mevrouw Akrich zich wellicht in de toekomst niet veel vaker zal voordoen, maar er zijn andere varianten denkbaar waarmee personen kunnen trachten zich aan de immigratiewetgeving te onttrekken door gebruik te maken van het gemeenschapsrecht. Dit is, indien een rechtvaardigingsgrond niet wordt geaccepteerd door het Hof, niet moeilijk. En het kan voor betrokkenen profijtelijk zijn, aangezien bijvoorbeeld

83 — Zie punt 74 hierboven.

84 — Zie punt 61 hierboven.

een individuele beoordeling van het huwelijk aan de criteria van de resolutie van de Raad van 4 december 1997<sup>85</sup> — ook in geval van goede trouw — voor betrokkenen pijnlijk kan zijn, terwijl de uitkomst niet op voorhand vaststaat. Ik acht het dan ook aannemelijk dat personen vaker zullen trachten de werking van de nationale immigratiewetgeving te omzeilen en het gemeenschapsrecht als voertuig kiezen voor het verblijf in de eigen lidstaat.

143. Een en ander betekent niet dat de voorafgaande individuele beoordeling niet aan voorwaarden is gebonden. De aanwezigheid van een dwingende reden van algemeen belang betekent nog niet dat iedere maatregel aanvaardbaar is. Volgens de rechtspraak van het Hof moet de maatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.

144. De geschiktheid van de maatregel is in casu gegeven, gegeven de aanvaardbaarheid van het doel van de maatregel: de individuele voorafgaande beoordeling van de immigratie van onderdanen van derde landen. Het gemeenschapsrecht staat, in zijn huidige stand, de lidstaten toe om het stelsel van hun nationale immigratiewetgeving, voorzover het de toelating van onderdanen van derde landen betreft, naar eigen

inzichten vorm te geven. De Britse wetgever heeft daartoe een aantal objectieve criteria in haar wetgeving opgenomen ten behoeve van de besluitvorming.

145. De evenredigheidstoets betreft de individuele toepassing van de criteria in het individuele geval. Het Hof beoordeelt of die toepassing het juiste evenwicht tussen de betrokken belangen eerbiedigt. Deze afweging betreft aan de ene kant het belang van de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de nationale immigratiewetgeving. Dit belang heb ik hierboven in voldoende mate laten zien. Aan de andere kant staan de individuele belangen van het echtpaar Akrich. De gerechtvaardigde individuele belangen die in de afweging dienen te worden betrokken zijn van tweeërlei aard:

- het recht van een persoon zoals mevrouw Akrich op een onbelemmerde uitoefening van het aan haar krachtens het gemeenschapsrecht toekomend recht op vrij verkeer;
- de eerbiediging van het recht op een gezinsleven.

146. Het staat vast dat mevrouw Akrich en haar echtgenoot worden belemmerd in de uitoefening van een recht op vrij verkeer dat hen toekomt krachtens het gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd in het arrest Singh. Echter, ik ben van mening dat deze

<sup>85</sup> — Zie voetnoot 12 van deze conclusie.

maatregel niet verder gaat dan voor de bereiking van het doel noodzakelijk is. Doorslaggevend is voor mij dat het belang dat het Verenigd Koninkrijk inroep, namelijk de noodzaak van een individuele beoordeling, niet kan worden behartigd door een maatregel die het vrije verkeer minder belemmert. Daar komt bij dat ik het aanvaardbaar acht dat het recht dat de echtgenoot van de migrerende werknemer toekomt ingevolge artikel 10 van verordening nr. 1612/68 wordt beperkt, in een geval waarin het een echtgenoot betreft die onderdaan is van een derde land en die niet overeenkomstig de immigratiewetgeving tot de Europese Unie is toegelaten.

147. Dit brengt mij bij het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals bedoeld in artikel 8 EVRM. Naar mijn oordeel speelt artikel 8 EVRM vooral een rol bij de toepassing van de nationale immigratiewetgeving door de Britse autoriteiten. Die toepassing is niet aan toetsing door het Hof onderworpen. Slechts in zeer bijzondere gevallen speelt artikel 8 een rol bij de beoordeling van de evenredigheid. Dit speelde in de zaak Carpenter. Daarbij overwoog het Hof<sup>86</sup> dat de niet-toelating van mevrouw Carpenter tot het Verenigd Koninkrijk zou leiden tot een scheiding van de beide echtelieden. In het onderhavige geval echter speelt een verplichte scheiding geen rol. De heer en mevrouw Akrich wonen in Ierland en kunnen daar blijven wonen. Wat hen wordt ontzegd is het recht op vrij verkeer, dat wil zeggen het recht zich tezamen te vestigen in het Verenigd Koninkrijk.

148. Ik concludeer dat de toepassing door een lidstaat van de nationale immigratiewetgeving op een onderdaan uit een derde land die is gehuwd met de onderdaan van deze lidstaat kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zijnde de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de nationale immigratiewetgeving. De toepassing zoals die heeft plaatsgevonden in de omstandigheden van het hoofdgeding is geschikt en evenredig.

#### *E — De gevolgen van dit oordeel voor de aanpak*

149. Gelet op mijn conclusie hierboven acht ik het niet zinvol de vragen van de verwijzende rechter in de door deze gegeven volgorde te behandelen. De bedoeling van het echtpaar Akrich, waarop de verwijzende rechter zich primair richt, is immers niet het wezenlijke element. De bevoegdheid van een lidstaat de nationale immigratiewetgeving toe te passen staat immers los van die bedoeling.

150. Dit brengt mij bij het volgende: Ik rechtvaardig de toepassing op grond van een dwingende reden van algemeen belang, zijnde de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de nationale immigratiewetgeving. Deze rechtvaardigingsgrond is tot

<sup>86</sup> — Zie punt 39 van het arrest. Ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens is doorslaggevend of de echtelieden redelijkerwijs samen in een ander land kunnen wonen. Zie EHRM, arrest Boulif v. Zwitserland van 29 augustus 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, par. 52-55.

nog toe niet uitdrukkelijk door het Hof erkend. Ik heb deze rechtvaardigingsgrond nodig, omdat andere door het Hof reeds erkende grondslagen niet geschikt zijn.

Ik zal ten aanzien van deze drie mogelijkheden één voor één laten zien waarom zij in casu geen geschikte grondslag kunnen vormen voor de toepassing van de nationale Britse immigratiewetgeving. Hiermee toon ik aan dat een andere, in het gemeenschapsrecht reeds erkende grondslag voor toepassing ontbreekt.

151. In deze procedure bij het Hof is een drietal mogelijkheden naar voren gekomen op basis waarvan het Verenigd Koninkrijk de bevoegdheid zou hebben om in de situatie van het hoofdgeding aan de heer Akrich de toegang tot zijn grondgebied te weigeren, met toepassing van zijn nationale immigratiewetgeving. Dit betreft:

*F — De reikwijdte van het gemeenschapsrecht*

— de heer en mevrouw Akrich bevinden zich buiten de reikwijdte van het gemeenschapsrecht;

— zij bevinden zich binnen de reikwijdte van het gemeenschapsrecht, doch het optreden van de lidstaat wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang die voortkomt uit de behoefte aan bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid, in de zin van artikel 46 EG of richtlijn 64/221;

152. De Britse regering is van oordeel dat het gemeenschapsrecht in casu niet van toepassing is. De Britse regering betoogt dat wanneer een persoon het gemeenschapsrecht probeert te gebruiken om het nationale recht te omzeilen, hij geen voordelen kan claimen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht. Een dergelijk persoon valt buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. Het is dan ook niet nodig te beoordelen of het de lidstaat naar gemeenschapsrecht is toegestaan de toegang tot zijn grondgebied te verbieden op grond van de openbare orde. Volgens deze regering heeft in deze zaak dus niet te worden nagegaan of mevrouw Akrich een communautair werknemer is.

— idem, doch de rechtvaardiging wordt niet gevonden in de openbare orde en de openbare veiligheid, maar in een dwingende reden die in de rechtspraak van het Hof is erkend, namelijk het kunnen tegengaan van misbruik van gemeenschapsrecht.

153. De Commissie is daarentegen van mening dat onderdanen van de Europese Unie op grond van artikel 39 EG het recht hebben zich naar een andere lidstaat te begeven om aldaar arbeid te verrichten en terug te keren naar de lidstaat van origine tezamen met hun echtgenoot om aldaar dezelfde rechten te genieten als zij in die

andere lidstaat hadden genoten. Terugkeer naar de lidstaat van origine wordt dus beheerst door gemeenschapsrecht en niet door het nationale recht. Mevrouw Akrich is een communautair werknemer. De bij deze status behorende rechten zijn niet disproportioneel uitgeoefend gezien de aard en de reikwijdte van deze rechten.

154. Ook volgens de heer Akrich moet zijn echtgenote worden beschouwd als een communautair werknemer aangezien zij naar Ierland is verhuisd met de intentie om aldaar reële en daadwerkelijke arbeid te verrichten en na een bepaalde periode terug te keren naar het Verenigd Koninkrijk. De Britse regering kan niet volhouden dat mevrouw Akrich een werknemer is in Ierland en dat zij ophoudt een werknemer te zijn als zij terugkeert naar het Verenigd Koninkrijk.

155. Ik ga allereerst in op de vestiging van een recht als communautaire werknemer. Vervolgens kom ik op de omstandigheden waaronder een burger van de Unie die terugkeert in eigen land nadat hij gedurende een periode in een andere lidstaat heeft gewerkt onder de materiële werkingsfeer van het gemeenschapsrecht blijft vallen. Daarbij komt ook de betekenis van het verbod op discriminatie aan de orde. Tot slot kom ik bij de aanspraak van de echtgenoot van deze burger op grond van het gemeenschapsrecht. Wat is er de betekenis van dat zijn aanspraak is afgeleid van de rechten van zijn echtgenote?

156. De rechtspraak van het Hof stelt geen strenge eisen aan de vestiging van een verblijfsrecht door een migrerend werknemer. Het gaat hier immers om een fundamentele vrijheid van het Verdrag dat zo goed mogelijk moet worden beschermd. In de eerste plaats interpreteert het Hof ruim waar het gaat om de duur, de omvang, het niveau en de plaats van de in loondienst verrichte werkzaamheden. In de tweede plaats spelen de bedoelingen van de werknemer in beginsel geen rol. Zoals de Commissie in deze procedure naar voren heeft gebracht gaat het erom wat iemand doet en niet waarom hij iets doet. Dit kan ook niet anders aangezien personen zeer uiteenlopende redenen kunnen hebben om zich als werknemer in een andere lidstaat te vestigen. Deze redenen kunnen gelegen zijn in het werk, maar kunnen ook van persoonlijke aard zijn. Evenmin wordt verlangd dat iemand de intentie heeft om zich voor langere tijd of zelfs permanent in een ander land te vestigen. Het spreekt voor zich dat een verplichting voor iemand om zich tevoren te committeren tot een verblijf gedurende een langere periode een afschrikwekkende werking zou hebben op het werknemersverkeer.

157. In de derde plaats is het recht van een onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie om zich in een andere lidstaat te vestigen steeds vollediger geworden. Die ontwikkeling heeft geculmineerd in de rechtstreekse werking van artikel 18 EG die door het Hof voor het eerst expliciet is erkend in het arrest Baumbast en R. Hierdoor is het doel van het verblijf in

een andere lidstaat helemaal niet meer bepalend voor de vraag of een recht op vestiging in een andere lidstaat bestaat.

158. Wel is het doel van het verblijf relevant voor de rechtsgrondslag van dit verblijf. Die rechtsgrondslag kan van belang zijn in verband met de van het verblijfsrecht afgeleide rechten voor de familieleden en in verband met de rechten die na terugkeer in de eigen lidstaat blijven bestaan.

159. Deze overwegingen brengen mij bij de casus in het hoofdgeding. In deze procedure staat vast dat mevrouw Akrich tijdens haar verblijf in Ierland gedurende meer dan zes maanden bij een bank heeft gewerkt. Er bestaat dientengevolge geen twijfel dat zij in verband daarmee krachtens het gemeenschapsrecht een recht had in Ierland te verblijven en gedurende haar verblijf in Ierland de status had van communautair werknemer. Vaststaat eveneens dat de Ierse autoriteiten haar als zodanig hebben behandeld. Nu de bedoelingen van betrokkenen irrelevant zijn, zie ik geen aanknopingspunt voor het standpunt van het Verenigd Koninkrijk dat de heer en mevrouw Akrich zich buiten de sfeer van het gemeenschapsrecht bevinden.

160. De ruime opvattingen van het Hof over de vestiging van het recht werken ook door in de omvang van de aanspraken die een — voormalig — communautair werk-

nemer heeft na terugkeer in zijn eigen lidstaat.<sup>87</sup> Het voor deze zaak cruciale arrest Singh formuleert deze aanspraken vrij absoluut. Die rechten worden gebaseerd op het discriminatieverbod en zijn gelijk aan de rechten die iemand aan het gemeenschapsrecht kan ontlenen indien hij zich in een andere lidstaat vestigt. In materiële zin behoudt hij de rechten van een migrerend werknemer. Tot die rechten behoort het recht om op het grondgebied van zijn eigen land te worden vergezeld door zijn echtgenoot die onderdaan is van een derde land, onder de voorwaarden die voor werknemers zijn omschreven in verordening nr. 1612/68 en richtlijn 68/360.<sup>88</sup>

161. Aldus leidt het verbod tot discriminatie ertoe dat de onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie die in een andere lidstaat heeft verbleven en aldus gebruik heeft gemaakt van het gemeenschapsrecht een betere rechtspositie verkrijgt dan zijn landgenoot die geen gebruik heeft gemaakt van het gemeenschapsrecht. Hetzelfde geldt voor de echtgenoot van de onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat heeft verbleven. In het arrest Singh vergelijkt het Hof deze onderdaan niet met zijn landgenoot, maar met degene die zich in een andere (derde) lidstaat vestigt. Zo beschouwd heeft mevrouw Akrich het recht haar echtgenoot mee te nemen naar het Verenigd Koninkrijk. De heer Akrich behoudt zijn eigen verblijfsrecht dat hem op grond van verordening nr. 1612/68 toekwam. Beide behouden aldus de aanspraken die hen op grond van het gemeenschapsrecht in Ierland toekwamen.

87 — Zie de punten 75 e.v.

88 — Zie meer uitgebreid de punten 89 en 90 hierboven.

162. In dit verband wordt in deze procedure naar voren gebracht dat het recht van de heer Akrich om in het Verenigd Koninkrijk te verblijven op grond van het gemeenschapsrecht een recht is dat is afgeleid van het recht van zijn echtgenote. Bovendien is zijn recht niet alleen afgeleid van haar recht, maar bovendien is de grondslag van dit recht niet in het Verdrag zelf opgenomen maar in secundaire gemeenschapswetgeving, namelijk verordening nr. 1612/68. Daar komt bij dat het recht van de heer Akrich niet aan de tekst van verordening nr. 1612/68 zelf kan worden ontleend maar aan de uitlegging van de verordening in het arrest Singh.

163. Het recht van de heer Akrich zou, met andere woorden, een minder sterk recht zijn. Ik deel die opvatting niet. Het recht dat de heer Akrich op grond van het gemeenschapsrecht toekomt is een volledig op het gemeenschapsrecht gebaseerd recht. Het heeft slechts in zoverre een afgeleid karakter dat het is afgeleid van de band die tussen hem en een communautaire werknemer bestaat. Die band moet aan twee vereisten voldoen: er moet een band bestaan tussen de heer en mevrouw Akrich en mevrouw Akrich moet aanspraken ontlenen aan het gemeenschapsrecht vanwege haar status van communautaire werknemer. In deze zaak bestaat geen twijfel dat de band aan beide vereisten voldoet.

164. Ik hecht er evenmin waarde aan dat het recht van de heer Akrich niet uit het primaire gemeenschapsrecht voortvloeit,

maar uit het secundaire gemeenschapsrecht. Ten eerste is verordening nr. 1612/68 vastgesteld als een van de maatregelen die ingevolge artikel 40 EG nodig zijn om tot een vrij verkeer van werknemers te komen. Deze en vergelijkbare EG-wetgeving vormt dus een voorwaarde om het vrije verkeer van werknemers te realiseren en kan dus niet als minder worden afgedaan. In dit verband gebruikt de considerans bij verordening nr. 1612/68 de term fundamenteel recht, zowel voor de werknemer als voor zijn familie. Ten tweede kent het gemeenschapsrecht geen normenhierarchie waarin de sterkte van een aanspraak afhangt van het niveau waarop de aanspraak is vastgelegd. Om deze reden is het gegeven dat de aanspraak voortvloeit uit de uitlegging door het Hof en niet uit de tekst van de verordening al evenmin van belang.

165. Gelet op het bovenstaande concludeer ik dat een onderdaan van een lidstaat die als communautair werknemer in een andere lidstaat heeft gewerkt ook na terugkeer in eigen land rechten blijft ontlenen aan het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder aan artikel 39 EG. Tot deze rechten behoort het recht dat zijn echtgenoot zich met hem in zijn eigen land vestigt. De toepassing van de nationale immigratiewetgeving door de Britse autoriteiten komt met dit recht in strijd. Dus moet vervolgens worden nagegaan of een dwingend nationaal belang aanwezig is dat de toepassing van de nationale maatregel rechtvaardigt. Eerder stelde ik vast dat die rechtvaardiging in casu aanwezig is.

166. Tot slot wijs ik nog op het volgende. De heer Akrich stelt dat er op het gebied van het vrije verkeer van werknemers als gevolg van een volledige harmonisatie geen bevoegdheid voor de lidstaten meer zou bestaan om unilaterale maatregelen te nemen. Deze stelling van de heer Akrich mist grondslag. Om te beginnen valt verordening nr. 1612/68 waarop het verblijfsrecht van de heer Akrich zou moeten worden gebaseerd niet aan te merken als een harmonisatiemaatregel. De verordening strekt er niet toe de wetgevingen van de lidstaten nader tot elkaar te brengen maar geeft een uitwerking van artikel 39 EG, in het bijzonder via enkele maatregelen met het oog op de afschaffing van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten. Voorts is richtlijn 64/221 van belang. Deze richtlijn harmoniseert de wetgevingen van de lidstaten, doch heeft slechts betrekking op het interne personenverkeer binnen de Europese Unie met betrekking tot een specifiek aspect: de weigering tot toelating van personen op het grondgebied van een lidstaat om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid. De richtlijn bepaalt niets over de toelating van personen tot de Europese Unie.

*G — Openbare orde in de zin van artikel 46 EG en richtlijn 64/221*

167. Indien het begrip openbare orde wordt gebruikt als rechtvaardigingsgrond

voor een uitzondering op het vrije personenverkeer binnen de Europese Gemeenschap wordt het strikt opgevat. Bij de uitlegging van artikel 46 EG vereist het Hof het bestaan van een ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. De toetsing aan richtlijn 64/221 geschiedt aan de hand van het bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt.

168. Het is nuttig op dit punt de specifieke casus waarbij de heer Akrich niet wordt toegelaten tot het Verenigd Koninkrijk nog eens tegen het licht te houden. De weigering van de Britse autoriteiten om het uitzettingsbevel tegen Akrich in te trekken hangt samen met een eerder door hem gepleegd strafbaar feit. Er is gesteld noch gebleken dat zijn aanwezigheid in het Verenigd Koninkrijk een gevaar voor de openbare orde vormt waardoor de openbare orde als rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. De Britse autoriteiten zijn namelijk van mening dat in een geval als het onderhavige geen beroep kan worden gedaan op het gemeenschapsrecht. Voorts blijkt ook uit de feiten en omstandigheden van het geval dat de aanwezigheid van een gevaar voor de openbare orde niet aannemelijk is. Zonder een diepgaand onderzoek naar de feiten — zo zulk een onderzoek al een taak van het Hof is — kom ik tot het oordeel dat in een geval als het onderhavige de openbare orde geen dwingende rechtvaardigingsgrond kan vormen.

H — *Misbruik van gemeenschapsrecht*

169. In de procedure bij het Hof is veel aandacht uitgegaan naar de aanwezigheid van misbruik van gemeenschapsrecht. Dit blijkt uit de ingebrachte opmerkingen en is ook logisch gelet op de aan het Hof gestelde prejudiciële vragen. Hierbij is de Commissie van mening dat de motieven of bedoelingen van betrokkenen niet bepalend zijn. Het feit dat het echtpaar gebruik heeft gemaakt van de faciliteiten geboden door de rechtspraak en daardoor voordeel ontleent aan het gemeenschapsrecht leidt niet tot misbruik van gemeenschapsrecht. Ook de heer Akrich betoogt dat op grond van de rechtspraak de motieven van betrokkenen niet in overweging mogen worden genomen. Het feit dat zijn echtgenote naar Ierland is verhuisd met de intentie om aldaar werkzaamheden te verrichten en na een bepaalde periode terug te keren naar het Verenigd Koninkrijk en zij dus niet voor altijd in Ierland wilde blijven kan op zichzelf niet als misbruik worden betiteld.

170. De Britse regering oordeelt dat in deze casus sprake is van misbruik van gemeenschapsrecht doordat mevrouw Akrich slechts naar Dublin is vertrokken om profijt te hebben van het gemeenschapsrecht en hiermee de nationale wetgeving te omzeilen. Bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van gemeenschapsrecht mag volgens de Britse regering worden gekeken naar de reden waarom mevrouw Akrich is verhuisd naar Ierland.

171. De Griekse regering stelt dat personen in principe gerechtigd zijn de omstandigheden zo naar hun hand te zetten dat zij onder een bepaald complex van regelgeving vallen, in casu het gemeenschapsrecht, en daar hun voordeel mee kunnen doen. Maar als er sprake is van misbruik is de nationale rechter het meest geschikt om te beslissen of de betrokkene verstoken blijft van de voordelen van het gemeenschapsrecht. Volgens stelt deze regering dat gekeken mag worden naar de intentie van het echtpaar. Daarbij moet de verklaarde wil van betrokkenen onderzocht worden. De innerlijke wil en de motieven spelen geen rol.

172. Ik begin met de volgende preliminaire opmerking. De onderhavige casus biedt een goede gelegenheid om het begrip misbruik van gemeenschapsrecht aan een nadere analyse te onderwerpen. De heer en mevrouw Akrich verklaren namelijk nadrukkelijk dat zij zich enkel in Ierland vestigden met het oogmerk onder de nationale Britse immigratiewetgeving uit te komen. Hiermee creëerden zij een U-bocht en zou misbruik van gemeenschapsrecht kunnen worden aangenomen. Maar, deze verklaringen tonen tevens de zwakte van het leerstuk van misbruik aan. Indien het oogmerk van vestiging in Ierland doorslaggevend zou zijn, zullen in volgende gevallen de belanghebbenden de eerlijkheid van de heer en mevrouw Akrich niet meer betrachten en een ander oogmerk noemen.

173. Uit de geschetste rechtspraak (zie de punten 96 en volgende) en de in deze procedure ingebrachte opmerkingen blijkt naar mijn oordeel hoe moeilijk het is om het leerstuk van misbruik van gemeenschapsrecht in een concreet geval toe te passen. In essentie gaat het daarbij om het volgende:

- subjectieve criteria zijn niet zinvol;
- objectieve criteria zijn — mits kenbaar — te omzeilen;
- de grens tussen misbruik en gebruik voor een door de wetgever niet beoogd doel is moeilijk vast te stellen.

en dan met name het oogmerk van betrokkenen gemakkelijk te manipuleren zijn. Ook het werken met een verklaarde wil, zoals de Griekse regering voorstelt, of een geobjectiveerde wil verandert zulks niet.

175. Ten tweede: objectieve criteria. Het arrest Emsland-Stärke eist dan ook voor het bestaan van misbruik dat behalve aan subjectieve voorwaarden ook wordt voldaan aan objectieve voorwaarden. In het onderhavige geval zou de duur van het verblijf in Ierland een objectieve voorwaarde kunnen vormen. Zowel in het arrest Lair als in het arrest Knoors wordt waarde gehecht aan de duur van het verblijf. In het arrest Lair hecht het Hof er aan dat slechts gedurende een zeer korte periode in een andere lidstaat is gewerkt. In het arrest Knoors stelt het Hof dat in een geval waarin de gemeenschapswetgever een minimumduur voor het verblijf in een andere lidstaat heeft vastgelegd daarmee de lidstaat geen gerechtvaardigd belang meer heeft bij een bevoegdheid om misbruik te voorkomen. A contrario geredeneerd zou — bij gebreke aan een in de gemeenschapswetgeving vastgelegde minimumduur — een dergelijk belang aanwezig kunnen zijn.

174. Ten eerste: subjectieve criteria. Uit de rechtspraak blijkt een grote terughoudendheid bij het toekennen van waarde aan deze criteria. In beginsel, zo blijkt uit het arrest Levin, zijn de bedoelingen van de werknemer irrelevant. Uit mijn preliminaire opmerking blijkt dat een dergelijke terughoudende opstelling van het Hof onvermijdelijk is, aangezien subjectieve criteria

176. Maar, objectieve criteria lenen zich voor omzeiling. De rechtszekerheid vergt naar mijn oordeel dat de factoren die worden gehanteerd door de nationale autoriteiten bij de toetsing van de vraag of van misbruik sprake is kenbaar zijn. Die kenbaarheid heeft echter als risico dat betrokkenen hun casus kunnen aanpassen, zodanig dat zij aan de gestelde voorwaarden

zullen voldoen. Ik herinner aan de verklaring die mevrouw Akrich heeft afgegeven waaruit blijkt dat zij ervan uitging dat haar verblijf in Ierland tezamen met haar man ten minste zes maanden moest duren. Overigens staat het hanteren van een minimumduur voor het verblijf in een andere lidstaat haaks op de rechtspraak van het Hof krachtens welke reeds na een zeer korte periode van werkzaamheid in een andere lidstaat de status van communautair werknemer wordt bereikt.

177. De Britse regering lijkt deze mogelijkheid van omzeiling te erkennen en kiest voor een combinatie van subjectieve en objectieve criteria aan de hand waarvan misbruik kan worden vastgesteld.<sup>89</sup> Ik zie niet in hoe een dergelijke combinatie van criteria de geschetste bezwaren kan opheffen. Immers, over de subjectieve criteria — de beweegredenen — behoeven betrokkenen geen openheid te betrachten en aan de objectieve criteria kunnen betrokkenen voldoen.

178. Dit brengt mij bij mijn derde punt: de grens tussen misbruik van EG-recht en gebruik van het EG-recht voor een doel dat de EG-wetgever weliswaar niet had beoogd, maar dat de EG-wetgeving wel

mogelijk maakt. In verband daarmee beschouw ik ook het criterium dat het Hof hanteert in het arrest Centros, namelijk het begrip „inherent element”.<sup>90</sup>

179. Ik illustreer dit als volgt. Het gemeenschapsrecht maakt het mogelijk dat een onderdaan van een lidstaat zich in een andere lidstaat vestigt. Nu kan een burger van de Unie allerlei redenen hebben om zich in een andere lidstaat te vestigen. Een van die redenen kan zijn dat in die andere lidstaat een voor hem gunstiger wettelijk regime bestaat. Dit was het geval in de zaak Centros waar de betrokkene koos voor een lidstaat met een voor hem gunstig vennootschapsrecht en dit is veel vaker het geval als gevolg van verschillen in de fiscale wetgeving van de lidstaten. Met een dergelijke mobiliteit is uit oogpunt van gemeenschapsrecht niets mis; sterker nog het doel van het gemeenschapsrecht is juist de mobiliteit te bevorderen.

180. De vestiging van de heer en mevrouw Akrich in Ierland valt te beschouwen als een gebruik van het EG-recht voor een doel dat de EG-wetgever weliswaar niet had beoogd, maar dat wel inherent is aan het EG-recht. De EG-wetgever heeft niet beoogd een recht te scheppen dat gebruikt kan worden om de nationale immigratie-

<sup>89</sup> — De opsomming van criteria, die niet is niet opgenomen in de conclusie, beoogt het Hof een handvat te geven voor de beoordeling voor een geval als het onderhavige waar een echtpaar tijdelijk is verhuisd naar een andere lidstaat.

<sup>90</sup> — Zie punt 100 hierboven.

wetgeving te omzeilen, maar heeft wel een recht geschapen voor een onderdaan van een lidstaat om zich in een andere lidstaat te vestigen tezamen met zijn echtgenoot. Die vestiging in die andere lidstaat vormt de kern van de vrijheid die het gemeenschapsrecht aan de onderdanen van de Unie geeft.

181. Met andere woorden, de vestiging van een werknemer in een andere lidstaat ten einde te profiteren van een gunstiger wettelijk regime is naar haar aard geen misbruik van het gemeenschapsrecht.

182. Dit gezegd zijnde, luidt de volgende vraag: geldt dit nu ook voor de terugkeer van de communautaire werknemer in zijn eigen lidstaat? Ik ben van mening dat het antwoord op deze vraag, gelet op het arrest Singh<sup>91</sup>, niet anders dan positief kan luiden. Immers, volgens dit arrest moeten de voorwaarden voor zijn toegang en verblijf ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke de communautaire werknemer uit hoofde van het EG-Verdrag of het afgeleide gemeenschapsrecht op het grondgebied van een andere lidstaat kan genieten. Het maakt dus geen verschil of mevrouw Akrich zich na haar vertrek uit Ierland met haar man in een derde lidstaat vestigt — in zulk een geval kan naar zijn aard geen sprake zijn van misbruik — of dat zij wil

terugkeren naar het Verenigd Koninkrijk hetgeen zij in casu doet.

183. Ik laat mij verder niet uit over de vraag in hoeverre de op het gemeenschapsrecht gebaseerde aanspraken van de heer en mevrouw Akrich blijven bestaan na terugkeer in het Verenigd Koninkrijk. Dat behoeft ook niet. Voor mij staat slechts vast dat de terugkeer tot de eigen lidstaat onder de voorwaarden van het gemeenschapsrecht inherent is aan het vrije personenverkeer. Er is naar zijn aard dus geen sprake van misbruik van gemeenschapsrecht indien betrokkenen bij die terugkeer zich beroepen op de aanspraken die het gemeenschapsrecht hen toekent.

184. Ik concludeer dat in de situatie zoals deze zich voordoet in het hoofdgeding geen sprake kan zijn van misbruik van gemeenschapsrecht.

185. Wat ook zij van de betekenis van het leerstuk van misbruik in het gemeenschapsrecht in het algemeen<sup>92</sup>, ik concludeer dat in de situatie zoals deze zich voordoet in het hoofdgeding geen sprake kan zijn van misbruik van gemeenschapsrecht.

92 — Zo wees ik in punt 98 op het arrest TV10, waarin het Hof een specifieke nationale regeling die misbruik van gemeenschapsrecht beoogt tegen te gaan toelaatbaar achtte, ondanks dat deze het vrije verkeer binnen de Europese Unie belemmerde.

91 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 19.

## VIII — Conclusie

186. Op grond van de bovenstaande overwegingen stel ik voor dat het Hof als volgt antwoordt op de vragen van het Immigration Appeal Tribunal:

- „—Een onderdaan van een lidstaat die als werknemer in de zin van artikel 39 EG in een andere lidstaat heeft gewerkt blijft ook na terugkeer in eigen land rechten ontlenen aan het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder aan artikel 39 EG. Tot deze rechten behoort het recht dat zijn echtgenoot zich met hem in zijn eigen land vestigt, onafhankelijk van de nationaliteit van de echtgenoot. De echtgenoot van de werknemer ontleent in zulk een geval aan artikel 10 van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap een eigen verblijfsrecht in de lidstaat waarvan de werknemer de nationaliteit bezit.
- Niettemin kan de lidstaat waarvan de werknemer de nationaliteit bezit met een beroep op een dwingend nationaal belang de echtgenoot van de werknemer niet toelaten dan na een voorafgaande individuele beoordeling op grond van criteria uit de nationale immigratiewetgeving, in een geval waarin het een echtgenoot betreft die onderdaan is van een derde land en die niet overeenkomstig de immigratiewetgeving van een lidstaat tot de Europese Unie is toegelaten.

- Deze bevoegdheid van deze lidstaat vloeit voort uit het belang van de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de immigratiewetgeving.
  
- Het maakt niet uit met welke bedoelingen de werknemer en zijn echtgenoot gebruik maken van de rechten die het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder de regelgeving ten behoeve van het vrije werknemersverkeer hen toekent.”