CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 30 september 2010[1]

1. De onderhavige verwijzing van de Arbeidsrechtbank te Brussel betreft de reikwijdte van het verblijfsrecht van onderdanen van derde landen, die de ouders zijn van een minderjarig kind dat burger van de Unie is en dat de lidstaat van zijn geboorte — nog — niet verlaten heeft.

2. Bij de beantwoording van de door het nationale gerecht gestelde vragen ziet het Hof zich voor een aantal moeilijke en belangrijke keuzes gesteld. Wat brengt het Unieburgerschap precies met zich mee? Vormen de omstandigheden die tot de nationale procedure hebben geleid een „zuiver interne situatie" voor de betrokken lidstaat, waarin geen rol toekomt aan het recht van de Europese Unie (hierna: „Unie")? Of betekent volledige erkenning van de rechten (toekomstige daarbij inbegrepen) die het burgerschap van de Unie noodzakelijkerwijs met zich meebrengt, dat een jonge minderjarige Unieburger op grond van het Unierecht, en niet van het nationale recht, waar dan ook op het grondgebied van de Unie mag verblijven (met inbegrip van de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit)? Zo ja, dan kan de effectieve waarborging van de uitoefening van dat recht ertoe leiden dat een verblijfsrecht wordt verleend aan zijn ouder die onderdaan is van een derde land, wanneer in het andere geval sprake zou zijn van een ernstige inbreuk op grondrechten.

3. Op een meer conceptueel niveau: is de uitoefening van rechten als burger van de Unie, net als de uitoefening van de klassieke economische „vrijheden", ervan afhankelijk of een of andere vorm van grensoverschrijdend vrij verkeer (hoe toevallig, marginaal of vergezocht dan ook) heeft plaatsgevonden alvorens deze worden ingeroepen? Of kijkt het Unieburgerschap niet terug naar het verleden, maar voorwaarts naar de toekomst, voor de definiëring van de rechten en plichten die het toekent? Of, om dezelfde vraag vanuit een iets ander oogpunt te stellen: is het Unieburgerschap alleen maar de niet-economische versie van dezelfde algemene soort van rechten van vrij verkeer die al geruime tijd bestaan voor de economisch actieven en voor financieel onafhankelijke personen? Of heeft het een dieper liggende betekenis, van een werkelijk burgerschap, met daaraan verbonden een eenvormig geheel van rechten en plichten,

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

in een waarlijke rechtsunie [2] waarin respect voor grondrechten wel een onverbrekelijke rol *moet* spelen?

De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.

Het juridische kader

2. De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Die toetreding wijzigt de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, niet.

Het relevante Unierecht

4. Artikel 6 VEU (oud artikel 6 EU) luidt:

3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie."

„1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.

De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen.

5. Artikel 18 VWEU (oud artikel 12 EG) luidt:

„Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

[...]"

2 — Ik ontleen de uitdrukking „waarlijke rechtsunie" aan de conclusie van advocaat-generaal Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Petersen, C-228/07, arrest van 11 september 2008, Jurispr. blz. I-6989, punt 32. Na zijn plotselinge en voortijdige overlijden op 12 november 2009, nam ik de conclusie in de onderhavige verwijzingszaak op me. Ik wil om te beginnen hier al het werk en de toewijding die hij al in deze zaak had geïnvesteerd memoreren en, meer in het algemeen, de kwaliteit en de omvang van zijn bijdrage aan wat voor hem nog „gemeenschaps"recht was, en nog geen „Unie"recht.

6. Artikel 20 VWEU (oud artikel 17 EG) bepaalt:

„1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan.

2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald.

[...]"

7. Artikel 21 VWEU (oud artikel 18 EG) luidt:

„1. Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

[...]"

8. De artikelen 7, 21 en 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [3] bepalen:

„*Artikel 7*

De eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven

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

[...]

Artikel 21

Non-discriminatie

1. Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.

3 — Afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1). Een aangepaste versie werd op 29 november 2007 goedgekeurd door het Europees Parlement, na verwijdering van verwijzingen naar de Europese Grondwet (PB C 303, blz. 1).

2. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

[...]

Artikel 24

De rechten van het kind

1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.

2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging.

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

Relevante bepalingen van internationaal recht

9. Artikel 17 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten [4] luidt:

„1. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam.

2. Eenieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging van aantasting."

10. Artikel 9, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind [5] luidt:

„1. De staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij wanneer de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of

4 — Verdrag opengesteld voor ondertekening op 19 december 1966; United Nations Treaty Series, deel 999, blz. 171 en deel 1057, blz. 407. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij het verdrag en er zijn geen voorbehouden gemaakt ten aanzien van artikel 17.

5 — Verdrag vastgesteld bij resolutie 44/25 van 20 november 1989; United Nations Treaty Series, deel 1577, blz. 3. Alle lidstaten van de Unie zijn partij bij het verdrag en er zijn geen voorbehouden aangetekend bij artikel 9, lid 1.

wanneer de ouders gescheiden leven en een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind."

11. Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het „EVRM"), en artikel 3 van Protocol nr. 4 daarbij luiden als volgt [6]:

„*Artikel 8*

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

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

Artikel 3 van Protocol nr. 4:

1. Niemand mag, bij wege van maatregel van individuele of van collectieve aard, worden uitgezet uit het grondgebied van de staat, waarvan hij een onderdaan is.

2. Aan niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de staat waarvan hij onderdaan is."

Relevante nationale wetgeving

Het Koninklijk besluit van 25 november 1991

12. Artikel 30 van het Koninklijk besluit van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering luidt als volgt:

„Om toegelaten te worden tot het recht op werkloosheidsuitkeringen moet de voltijdse werknemer een wachttijd doorlopen hebben die het hierna vermelde aantal arbeidsdagen omvat:

1° [...]

6 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950 en bekrachtigd door alle lidstaten van de Europese Unie. De situatie ten aanzien van Protocol nr. 4 ligt iets ingewikkelder. Tot op heden heeft Griekenland het Protocol ondertekend noch bekrachtigd, terwijl het Verenigd Koninkrijk het wel heeft ondertekend maar niet bekrachtigd. Oostenrijk, Ierland en Nederland hebben voorbehouden bij artikel 3 aangetekend, met betrekking tot een aantal specifieke punten die voor de feiten en vraagstukken van de onderhavige zaak niet ter zake doen.

2° 468 in de loop van de 27 maanden vóór die aanvraag, indien hij van 36 tot minder dan 50 jaar is;

[...]"

13. Artikel 43, § 1, van het Koninklijk besluit bepaalt:

„Onverminderd de voorgaande bepalingen wordt de vreemde of staatloze werknemer slechts toegelaten tot het recht op uitkeringen indien hij voldoet aan de wetgeving die betrekking heeft op de vreemdelingen en op deze die betrekking heeft op de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten.

De in België verrichte arbeid komt slechts in aanmerking indien hij verricht werd overeenkomstig de wetgeving die betrekking heeft op de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten."

14. Volgens de desbetreffende bepalingen van de Belgische wetgeving (artikel 40 van de wet van 15 december 1980 en artikel 2 van het Koninklijk besluit van 9 juni 1999), worden de echtgenoot van een EG-vreemdeling en zijn kinderen of die van zijn echtgenoot die zij te hunnen laste hebben, ongeacht hun nationaliteit, gelijkgesteld met de EG-vreemdeling mits zij zich met hem komen vestigen.

15. Het vereiste van een arbeidsvergunning geldt niet voor bloedverwanten in opgaande lijn van een Belgisch onderdaan of van een EG-vreemdeling die zij te hunnen laste hebben (uit hoofde van respectievelijk artikel 2, lid 1, 2°, sub b, van het Koninklijk besluit houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en artikel 40, § 4, 3°, van de wet van 15 december 1980).

Het Wetboek van de Belgische nationaliteit

16. Volgens artikel 10, lid 1, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, zoals in het relevante tijdvak van kracht, heeft de Belgische nationaliteit onder meer:

„het kind geboren in België en dat, op gelijk welk ogenblik voor de leeftijd van achttien jaar of voor de ontvoogding voor die leeftijd, staatloos zou zijn, indien het die nationaliteit niet bezat."

17. De wet van 27 december 2006 heeft het vervolgens onmogelijk gemaakt dat een kind dat in België is geboren uit niet-Belgische onderdanen, de Belgische nationaliteit verwerft wanneer „het kind een andere

nationaliteit kan verkrijgen, mits zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) administratieve handelingen verrichten bij de diplomatieke of consulaire overheden van het land van de ouders of van één van hen".

Feiten en hoofdgeding

18. Ruiz Zambrano en zijn echtgenote, Moreno López, hebben beiden de Colombiaanse nationaliteit. Zij arriveerden op 7 april 1999 in België, samen met hun eerste kind, in het bezit van een door de Belgische ambassade in Bogotá verstrekt visum.

19. Een week later vroeg Ruiz Zambrano asiel aan in België. Ter ondersteuning van die aanvraag voerde hij aan dat zij Colombia noodgedwongen hadden verlaten na vanaf 1997 doorlopend blootgesteld te zijn geweest aan afpersing door particuliere milities (die daaraan met doodsbedreigingen kracht bijzetten), getuige te zijn geweest van mishandeling van zijn broer en slachtoffer te zijn geweest van de ontvoering van hun driejarige zoon gedurende een week in januari 1999.

20. Op 11 september 2000 wees het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen de asielaanvraag van Ruiz Zambrano af en vaardigde het een uitzettingsbevel uit. Het voegde hier echter een nieteruggeleidingsclausule aan toe, waarin stond dat Ruiz Zambrano en zijn gezin niet naar Colombia terug mochten worden gezonden wegens de uiterst gevaarlijke situatie daar.

21. Niettegenstaande dat uitzettingsbevel diende Ruiz Zambrano op 20 oktober 2000 een verzoek om een verblijfsvergunning in bij de Dienst Vreemdelingenzaken. Hij diende later nog tweemaal een verzoek in.[7] Alle deze verzoeken werden afgewezen. Ruiz Zambano ging in beroep tegen deze afwijzingen en verzocht intussen om opschorting van het uitzettingsbevel. Op het moment waarop de onderhavige prejudiciële verwijzing werd gedaan, was er bij de Raad van State nog een beroep tot nietigverklaring aanhangig.

22. Vanaf 18 april 2001 staan Ruiz Zambrano en zijn echtgenote ingeschreven in de gemeente Schaarbeek.

23. In oktober 2001 werd Ruiz Zambrano voltijds aangesteld bij een Belgisch bedrijf, Plastoria SA („Plastoria"), in zijn werkplaats te Brussel, voor de verrichting van werkzaamheden aldaar op basis van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd. Van het

7 — Deze latere verzoeken werden ingediend na de geboorte van respectievelijk zijn tweede en derde kind: zie infra, punt 26.

dienstverband werd naar behoren aangifte gedaan bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Op zijn loon werden op de gebruikelijke wijze socialezekerheidsbijdragen ingehouden en zijn werkgever diende derhalve overeenkomstige bijdragen te betalen (hetgeen hij deed). In de verwijzingsbeschikking wordt niet uitdrukkelijk aangegeven of (zoals dikwijls het geval is) op zijn loon ook inkomstenbelasting werd ingehouden.

24. Toen Ruiz Zambrano in dienst trad bij Plastoria was hij niet in het bezit van een arbeidsvergunning. Hij heeft er evenmin een verworven tijdens de vijf jaar waarin hij voor dit bedrijf werkte.

25. Intussen schonk zijn vrouw op 1 september 2003 het leven aan een tweede kind, Diego, en op 26 augustus 2005 aan een derde, Jessica. Beide kinderen werden geboren in België. Krachtens artikel 10, lid 1, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit verwierven beide de Belgische nationaliteit. [8] Ter terechtzitting informeerde de raadsman van Ruiz Zambrano het Hof dat zowel Diego als Jessica op het moment staat ingeschreven op een school in Schaarbeek.

26. De geboortes van Diego en Jessica vormden de aanleiding voor respectievelijk het tweede en derde verzoek bij de Dienst Vreemdelingenzaken. [9] In al deze verzoeken betoogde Ruiz Zambrano dat de geboorte van een kind met de Belgische nationaliteit hem het recht verschafte op een verblijfsvergunning krachtens de wet van 15 december 1980 en artikel 3 van Protocol nr. 4 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

27. Naar aanleiding van het derde verzoek gaven de Belgische autoriteiten een besluit af waarbij Ruiz Zambrano een attest van immatriculatie werd verstrekt waardoor zijn verblijf in België van 13 september 2005 tot en met 13 februari 2006 werd gedekt. Sinds de indiening van zijn beroep tegen de diverse besluiten tot weigering van een verblijfsvergunning wordt zijn verblijf in België gedekt door een speciale verblijfsvergunning voor de duur van de behandeling van zijn beroep.

28. Op 10 oktober 2005 werd de arbeidsovereenkomst van Ruiz Zambrano tijdelijk onderbroken. Hij diende onmiddellijk een aanvraag in bij de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening voor een tijdelijke werkloosheiduitkering. Die aanvraag werd uiteindelijk afgewezen, op de grond dat hij niet over een arbeidsvergunning beschikte (omdat hij illegaal in België verbleef). Hij stelde tegen deze afwijzing een eerste beroep in bij de Arbeidsrechtbank („het eerste beroep"), maar werd korte tijd

8 — Volgens de toepasselijke Colombiaanse wetgeving krijgen kinderen die worden geboren buiten het grondgebied van Colombia niet de Colombiaanse nationaliteit, tenzij een uitdrukkelijke desbetreffende verklaring wordt afgelegd bij de bevoegde functionaris van het consulaat. Ten aanzien van Diego en Jessica Ruiz Moreno is geen zodanige verklaring afgelegd.

9 — Zie hierboven, punt 21.

later door Plastoria weer voltijds in dienst genomen.

29. Naar aanleiding van dit eerste beroep heeft de Belgische arbeidsinspectie echter een onderzoek ingesteld naar de arbeidsomstandigheden van Ruiz Zambrano. Een officieel controleur bezocht de vestiging van Plastoria op 11 oktober 2006. Hij trof er Ruiz Zambrano aan terwijl deze aan het werk was en stelde vast dat de laatste niet over een arbeidsvergunning beschikte. De controleur gaf bevel het werk onmiddellijk te staken. Plastoria heeft de arbeidsovereenkomst met Ruiz Zambrano dienovereenkomstig, zonder schadeloosstelling, op grond van overmacht, opgezegd en gaf hem het officiële document („formulier C4") waarin werd verklaard dat de socialeverzekerings- en werkloosheidsbijdragen tijdens de gehele duur van het dienstverband van oktober 2001 tot oktober 2006 waren betaald.

30. De Belgische arbeidsinspectie besloot Plastoria niet strafrechtelijk te vervolgen, met de motivering dat, afgezien van het feit dat het bedrijf Ruiz Zambrano zonder arbeidsvergunning in dienst had genomen, geen andere inbreuken waren vastgesteld op de voorschriften met betrekking tot de socialezekerheidsverplichtingen, het bijhouden van de betrokken documenten, de arbeidsongevallenverzekering, of de beloning.

31. Nu Ruiz Zambrano werkloos was, diende hij opnieuw een aanvraag in bij de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, ditmaal wegens volledige werkloosheid. De uitkering werd opnieuw geweigerd. Ruiz Zambrano stelde tegen dat besluit een nieuw beroep in bij de Arbeidsrechtbank te Brussel („het tweede beroep"). Het eerste en het tweede beroep vormen het voorwerp van het hoofdgeding voor het verwijzende gerecht.

32. In haar schriftelijke opmerkingen vermeldt de Belgische regering dat, uit hoofde van een regeringsmaatregel die beoogt specifieke situaties van illegaal in het land verblijvende personen te regulariseren, op 30 april 2009 aan Ruiz Zambrano een voorlopige en verlengbare verblijfsvergunning werd verleend, alsmede een arbeidsvergunning (type C). Deze laatste heeft geen terugwerkende kracht, zodat het werkverband van Ruiz Zambrano bij Plastoria van 2001 tot 2006 nog steeds niet geacht wordt door een arbeidsvergunning te zijn gedekt.

De prejudiciële vragen

33. In de procedures die zijn ingeleid tegen de beide besluiten van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening waarbij Ruiz Zambrano's aanspraak op uitkeringen wegens

gedeeltelijke en volledige werkloosheid worden afgewezen, stelde de Arbeidsrechtbank te Brussel de volgende prejudiciële vragen:

„1) Verlenen de artikelen 12 [EG], 17 [EG] en 18 [EG], afzonderlijk dan wel in onderling verband beschouwd, een verblijfsrecht aan de burger van de Unie op het grondgebied van de lidstaat waarvan deze burger de nationaliteit bezit, ongeacht of hij tevoren gebruik heeft gemaakt van zijn recht om op het grondgebied van de lidstaten te reizen?

2) Moeten de artikelen 12 [EG], 17 [EG] en 18 [EG] junctis de artikelen 21, 24 en 34 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [...] in die zin worden uitgelegd dat het recht dat zij, zonder discriminatie op grond van nationaliteit, aan iedere burger van de Unie toekennen om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, inhoudt dat wanneer deze burger een minderjarige van jonge leeftijd is, die ten laste is van een bloedverwant in opgaande lijn die de nationaliteit van een derde staat bezit, hem het genot van dit verblijfsrecht in de lidstaat waar hij woont en waarvan hij de nationaliteit bezit, moet worden gegarandeerd ongeacht of het kind tevoren zelf of door middel van zijn wettelijke vertegenwoordiger gebruik heeft gemaakt van het recht om te reizen, door dit verblijfsrecht het nuttig effect te geven waarvan de communautaire rechtspraak [arrest van 19 oktober 2004, Chen e.a. (C-200/02)] de noodzaak heeft erkend, door aan de bloedverwant in opgaande lijn die de nationaliteit van een derde staat bezit, te wiens laste het kind komt en die over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikt, het afgeleide verblijfsrecht te verlenen dat deze zelfde onderdaan van een derde staat zou hebben indien de te zijnen laste komende minderjarige een burger van de Unie was die niet de nationaliteit bezit van de lidstaat waarin hij woont?

3) Moeten de artikelen 12 [EG], 17 [EG] en 18 [EG] junctis de artikelen 21, 24 en 34 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in die zin worden uitgelegd dat het recht van een minderjarig kind met de nationaliteit van een lidstaat om te verblijven in de lidstaat waar hij woont, meebrengt dat de bloedverwant in opgaande lijn die de nationaliteit van een derde staat bezit, te wiens laste het kind komt en die, afgezien van het vereiste van het bezit van een arbeidsvergunning als voorgeschreven door het nationale recht van de lidstaat waar hij woonachtig is, voldoet aan de voorwaarde van voldoende bestaansmiddelen en bezit van een ziektekostenverzekering ten gevolge van zijn arbeid in loondienst waardoor hij onder het socialezekerheidssysteem van die staat valt, moet worden vrijgesteld van het bezit van een arbeidsvergunning, zodat het verblijfsrecht van het kind het nuttig effect krijgt dat de communautaire rechtspraak [arrest van 19 oktober 2004, Chen e.a. (C-200/02)] heeft aanvaard ten

gunste van een minderjarig kind, burger van de Unie, dat een andere nationaliteit heeft dan die van de lidstaat waar het woont en ten laste komt van een bloedverwant in opgaande lijn die de nationaliteit van een derde staat bezit?"

34. Ruiz Zambrano, de Belgische, de Deense, de Duitse, de Ierse, de Griekse, de Nederlandse, de Oostenrijkse en de Poolse regering alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

35. De raadslieden van Ruiz Zambrano en de gemachtigden van de Belgische, de Deense, de Ierse, de Griekse, de Franse en de Nederlandse regering alsmede van de Commissie zijn verschenen op de terechtzitting op 26 januari 2010 en hebben gepleit.

Preliminaire vragen

36. Geen der betrokkenen bij de onderhavige verwijzing heeft specifiek de ontvankelijkheid ervan betwist. Er zijn echter twee punten die ik kort dien te behandelen.

37. Het eerste is, of de gestelde vragen werkelijk van belang zijn voor het bij de nationale rechter aanhangige geding.

38. Uit de gegevens in de verwijzingsbeschikking blijkt dat Ruiz Zambrano heeft voldaan aan de materiële voorwaarden voor een werkloosheidsuitkering (zo heeft hij tijdens de 27 maanden die aan zijn verzoek voorafgingen ten minste 468 dagen gewerkt, conform artikel 30 van het Koninklijk besluit van 25 november 1991, en heeft hij de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen betaald). Zijn verzoek stuit af op twee met elkaar samenhangende hindernissen. Ten eerste bepaalt het nationale recht [10] dat alleen arbeid die voldoet aan de wetgeving betreffende vreemdelingen en buitenlandse werknemers in aanmerking kan worden genomen. Toepassing van die voorwaarde betekent dat aan het voltijdse arbeidsverband van Ruiz Zambrano met Plastoria van 1 oktober 2001 tot 12 oktober 2006 voorbij moet worden gegaan, omdat hij gedurende die periode nooit over een arbeidsvergunning heeft beschikt; pas vanaf 13 september 2005 bezat hij een attest van immatriculatie. [11] Ten tweede bepaalt het nationale recht dat een buitenlandse werknemer aan de wetgeving betreffende

10 — Artikel 43, § 1, tweede volzin, van het Koninklijk besluit van 25 november 1991 en artikel 7, § 14, tweede volzin, van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

11 — Zie hierboven, respectievelijk punt 24 en 22.

vreemdelingen moet voldoen om uitkeringen te kunnen ontvangen. [12]

39. Het beroep van Ruiz Zambrano voor de nationale rechter draait in zijn geheel beschouwd om de vraag of het feit dat hij, als onderdaan van een derde land, de vader is van kinderen die de Belgische nationaliteit hebben, ertoe leidt dat a) zijn positie kan worden gelijkgesteld met die van een Unieonderdaan dan wel b) hem een afgeleid verblijfsrecht toekomt omdat zijn kinderen, behalve Belgische onderdanen, burgers van de Unie zijn. In beide gevallen zou hem het benodigde materiële verblijfsrecht krachtens het Unierecht [13] worden verleend; in het eerste geval zou hij meteen ook zijn vrijgesteld van het vereiste van een arbeidsvergunning; in het tweede geval valt te betogen dat hij kan profiteren van de vereiste analoge toepassing van artikel 2, lid 1, 2°, sub b, van het Koninklijk besluit van 9 juni 1999, dat ontheffing van het vereiste van een arbeidsvergunning verleent aan bloedverwanten in opgaande lijn van een Belgisch onderdaan *die te zijnen laste zijn*. Een ander resultaat zou (aldus de redenering) neerkomen op omgekeerde discriminatie van Belgische onderdanen die geen gebruik hebben gemaakt van hun rechten van vrij verkeer onder Unierecht, omdat zij dan niet zouden kunnen profiteren van de bepalingen inzake gezinshereniging [14] die toestaan aan zowel een Unieonderdaan die vanuit een andere lidstaat naar België is verhuisd, als aan een Belgisch onderdaan die voorheen gebruik had gemaakt van de vrijheid van verkeer, dat een familielid in opgaande lijn met de nationaliteit van een derde land zich bij hen voegt.

40. Hoewel het voor de nationale rechter aanhangige geding in de eerste plaats draait om een aanspraak op een werkloosheidsuitkering onder het socialezekerheids-/arbeidsrecht, en niet om een bestuursrechtelijk verzoek om een verblijfsvergunning, is uit het voorgaande duidelijk dat de nationale rechter in de onderhavige zaak geen uitspraak kan doen zonder te weten a) of Ruiz Zambrano afgeleide rechten geldend kan maken onder Unierecht op grond van het feit dat zijn kinderen, als Belgische onderdanen, ook burgers van de Unie zijn, en b) welke rechten een Belg zou genieten die, als burger van de Unie, wel naar een andere lidstaat *was* gegaan en daarna naar België was teruggekeerd (om het betoog inzake omgekeerde discriminatie te beoordelen en eventuele relevante regels van nationaal

12 — Artikel 43, § 1, eerste volzin, en artikel 69, § 1, van het Koninklijk besluit van 25 november 1991 en artikel 7, § 14, eerste volzin, van de Besluitwet van 28 december 1944.

13 — Het is vaste rechtspraak dat een verblijfsvergunning niet strekt tot toekenning van een verblijfsrecht, maar ter bevestiging ervan: zie arresten Hof van 8 april 1976, Royer (48/75, Jurispr. blz. 497, punt 50), en 17 februari 2005, Oulane (C-215/03, Jurispr. blz. I-1215, punt 25).

14 — Richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB L 180, blz. 26), inmiddels vervangen door richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun gezinsleden (PB L 158, blz. 77, gerectificeerd in PB 2004, L 229, blz. 35).

recht toe te passen). Het nationale gerecht heeft voorts tamelijk omstandig uitgelegd dat het nationale recht [15] naar Unierecht verwijst om te definiëren wie wordt beschouwd als „familielid" van een burger van de Unie, en daarbij aangegeven dat dit relevant is voor de berechting van de daar aanhangige zaak. [16]

41. Het tweede punt betreft het feit dat de raadsman van Ruiz Zambrano het Hof heeft ingelicht dat de Belgische Raad van State en het Grondwettelijk Hof onlangs beide in soortgelijke omstandigheden geoordeeld hebben dat een geval van omgekeerde discriminatie ten gevolge van het Unierecht een schending opleverde van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. [17] Hieruit zou wellicht de conclusie kunnen worden getrokken dat de onderhavige verwijzing overbodig is geworden. Anders gezegd: heeft de verwijzende rechter nog steeds behoefte aan beantwoording van zijn vragen inzake het Unierecht, nu zijn eigen hogere rechters hem naar nationaal recht de weg hebben gewezen?

42. Naar mijn mening heeft hij die behoefte.

43. Alvorens de Arbeidsrechtbank de door de Raad van State en het Grondwettelijk Hof ontwikkelde rechtspraak kan toepassen, zal het moeten vaststellen of zich inderdaad een situatie van omgekeerde discriminatie voordoet tengevolge van de wisselwerking tussen Unierecht en nationaal recht. Daartoe heeft het de aanwijzingen nodig van het Hof betreffende de juiste uitlegging van het Unierecht. Het Hof heeft in het verleden verwijzingen beantwoord die bij uitstek aan dat doel tegemoetkwamen: het vergemakkelijken van de taak van de verwijzende rechter om de situatie volgens Unierecht te vergelijken met de situatie naar nationaal recht. [18] Het heeft in een reeks van zaken aanvaard dat het een uitspraak moest doen wanneer „de uitlegging van bepalingen van gemeenschapsrecht [thans Unierecht] [...] nuttig kan zijn voor de nationale rechter, vooral wanneer volgens het recht van de betrokken lidstaat aan de eigen staatsburgers dezelfde rechten toekomen als [die welke] staatsburgers van een andere lidstaat in een door die rechter als vergelijkbaar beschouwde situatie aan

15 — Artikel 40 bis van de wet van 15 december 1980 en artikel 2 van het Koninklijk besluit van 9 juni 1999.

16 — Zie arrest Hof van 18 oktober 1990 (Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 42).

17 — Raad van State, arrest 193.348 van 15 mei 2009 en arrest 196.294 van 22 september 2009; Grondwettelijk Hof, arrest 174/2009 van 3 november 2009.

18 — Zie bijvoorbeeld arresten van 5 december 2000, Guimont (C-448/98, Jurispr. blz. I-10663, punt 23); 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, punt 26); 11 september 2003, Anomar e.a. (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621, punt 41), en 1 april 2008, Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (C-212/06, Jurispr. blz. I-1683, punt 29).

het gemeenschapsrecht [thans Unierecht] ontlenen" [19]. De gemachtigde van de Belgische regering aanvaardde bij de mondelinge behandeling dat de verwijzende rechter inderdaad een antwoord van het Hof van Justitie nodig zou hebben om te kunnen onderzoeken of de toepassing van Unierecht leidde tot omgekeerde discriminatie.

44. Hieruit volgt dat het Hof de gestelde prejudiciële vragen dient te beantwoorden.

Herschikking van de op te lossen vraagstukken

45. De door de nationale rechter gestelde vragen hebben betrekking op drie argumentatielijnen. Hoewel deze wellicht niet geheel doorklinken in de bewoordingen van de prejudiciële vragen, kunnen ze worden afgeleid uit de meer gedetailleerde uiteenzetting in de verwijzingsbeschikking.

46. De verwijzende rechter houdt zich vooral bezig met de vraag of voor de toepasbaarheid van de verdragsbepalingen inzake het burgerschap van de Unie verplaatsing vereist is. De verwijzende rechter is zich terdege ervan bewust dat de artikelen 20 en 21 VWEU van een ander concept uitgaan dan dat van het vrije verkeer van werknemers in artikel 45 VWEU, de vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU (of in feite alle andere „economische" vrijheden die zijn verankerd in de artikelen 34 e.v. VWEU). Maar hoe anders zijn de bepalingen inzake het burgerschap precies?

47. De nationale rechter informeert vervolgens naar de rol die grondrechten (met name het grondrecht op een gezinsleven, zoals door het Hof uitgewerkt in de arresten Carpenter [20], BRAX [21] en Chen e.a. [22]) spelen bij de bepaling van het toepassingsbereik van de artikelen 20 en 21 VWEU.

48. Ten slotte vraagt de nationale rechter naar de functie van artikel 18 VWEU bij de bescherming van het individu tegen omgekeerde discriminatie ten gevolge van de toepassing van de Uniebepalingen betreffende het burgerschap van de Unie.

19 — Arrest Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (aangehaald in de vorige voetnoot, punt 40).

20 — Arrest van 11 juli 2002 (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279).

21 — Arrest van 25 juli 2002 (C-459/99, Jurispr. blz. I-6591).

22 — Arrest van 19 oktober 2004 (C-200/02, Jurispr. blz. I-9925). Na onderzoek van het nationale dossier in Chen e.a., neem ik de gelegenheid te baat om opheldering te brengen in een verwarring over namen die reeds geruime tijd duurt. Catherines moeder heette bij haar geboorte Lavette Man Chen. Zij huwde met Guoqing Zhu (bekend als Hopkins Zhu) en werd mevrouw Zhu. Zowel moeder als dochter droeg dezelfde geslachtsnaam toen het verzoek dat aanleiding heeft gegeven tot zaak C-200/02 werd ingediend. De verwijzing naar Chen (en de verwarring over welke verzoekster Zhu was en welke Chen was) berust op een eenvoudig misverstand.

49. Ter wille van de duidelijkheid en om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven, zal ik de drie vragen als volgt behandelen.

50. Ik zal eerst de vraag bespreken of Diego en Jessica zich als burgers van de Unie op rechten uit hoofde van de artikelen 20 en 21 VWEU kunnen beroepen, ondanks dat zij zich (nog) niet buiten hun lidstaat van nationaliteit hebben begeven, en of Ruiz Zambrano op grond daarvan aanspraak kan maken op een afgeleid recht om in België te verblijven teneinde daar zijn jonge kinderen te verzorgen en in hun levensonderhoud te voorzien („vraag 1"). Bij de bespreking van die vraag zal ik moeten onderzoeken of dit — zoals met kracht is gesuggereerd — een „zuiver interne" situatie is, dan wel of er inderdaad voldoende aanknoping is met het Unierecht om burgerschapsrechten te kunnen inroepen. Ook komt hier het vraagstuk aan de orde of artikel 21 VWEU twee zelfstandige rechten — een recht om te verplaatsen *en* een opzichzelfstaand recht om te verblijven — omvat, dan wel alleen een recht toekent om te verplaatsen (en *daarna* te verblijven).

51. In de tweede plaats zal ik ingaan op de kwestie van omgekeerde discriminatie, die door de nationale rechter een aantal malen ter sprake wordt gebracht. Ik zal daarom de reikwijdte van artikel 18 VWEU onderzoeken en de vraag stellen of het kan worden toegepast voor de oplossing van gevallen van omgekeerde discriminatie die in het leven worden geroepen door de unierechtelijke bepalingen betreffende het burgerschap van de Unie („vraag 2"). Hoewel dit vraagstuk de laatste jaren is aangeroerd [23], is het nog altijd onopgelost.

52. Ten slotte zal ik de grondrechtenkwestie ter hand nemen („vraag 3"). De nationale rechter heeft in de verwijzingsbeschikking overduidelijk aangegeven dat hij behoefte heeft aan aanwijzingen of het grondrecht op een familie- en gezinsleven een rol speelt in het onderhavige geval, waar noch de burger van de Unie noch zijn Colombiaanse ouders zich buiten België hebben begeven. Die vraag werpt op zijn beurt een fundamentelere vraag op: wat is de reikwijdte van de grondrechten van de Unie? Kunnen zij zelfstandig worden ingeroepen? Of moet er een of ander aanknopingspunt zijn met een ander, klassiek, Unierecht?

53. Aangezien het duidelijk is dat de grondrechtenkwestie als rode draad door al de drie vragen loopt, zal ik, vóór ik met mijn analyse begin, bij wijze van voorwoord, kijken of het aannemelijk is dat Ruiz Zambrano en zijn familie een reëel gevaar lopen op een inbreuk op hun fundamentele recht op een gezinsleven krachtens Unierecht.

23 — Zie met name mijn conclusie in de zaak Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (aangehaald in voetnoot 18).

Proloog: de omstandigheden van de Ruiz Zambrano-familie en de potentiële inbreuk op het grondrecht van de Unie op een gezinsleven

54. In het arrest Carpenter [24] erkende het Hof het fundamentele recht op een gezinsleven als een van de algemene beginselen van het recht van de Europese Unie. Het kwam tot die conclusie op basis van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „Straatsburgse Hof"). In zijn arrest Boultif [25] stelde dat Hof vast dat „de uitsluiting van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, een inmenging kan zijn in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals dit wordt beschermd door artikel 8, lid 1, van het [EVRM]". [26] De definitie die het EVRM geeft van „familie- en gezinsleven" beperkt zich in hoofdzaak tot het kerngezin [27], waar Ruiz Zambrano en Moreno López, als ouders van Diego en Jessica, duidelijk toe behoren.

55. In de vaste rechtspraak van het Straatsburgse Hof is eveneens vastgesteld dat verwijdering van een persoon van zijn familie alleen toelaatbaar is wanneer dit aantoonbaar noodzakelijk is „in een democratische samenleving [...], dat wil zeggen gerechtvaardigd door een dwingende maatschappelijke behoefte en met name evenredig aan het nagestreefde legitieme doel". [28] De toepassing van artikel 8, lid 2, van het EVRM, dat derogeert aan het door artikel 8, lid 1, van het EVRM gewaarborgde recht, vereist een evenredigheidstoets die (onder meer) rekening houdt met factoren als wanneer de familie zich gevestigd heeft, de goede trouw van de verzoeker, de culturele en sociale tegenstellingen in de staat waarheen de familieleden gebracht zouden worden en de mate van maatschappelijke integratie in de verdragsstaat. [29]

56. Het Hof van Justitie heeft op zijn beurt zijn eigen denkwijze ontwikkeld, al leunt het zwaar op de rechtspraak van het Straatsburgse Hof. Samengevat zal het Hof bescherming toekennen in de volgende gevallen en/of toetsen aan de volgende maatstaven. [30]

24 — Aangehaald in voetnoot 20, punt 41; zie ook arrest BRAX (aangehaald in voetnoot 21, punt 53); de arresten van 27 april 2006, Commissie/Duitsland (C-441/02, Jurispr. blz. I-3449, punt 109); 14 april 2005, Commissie/Spanje (C-157/03, Jurispr. blz. I-2911, punt 26); 31 januari 2006, Commissie/Spanje (C-503/03, Jurispr. blz. I-1097, punt 41); 23 september 2003, Akrich (C-109/01, Jurispr. blz. I-9607, punten 58 en 59); 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 52), en 25 juli 2008, Metock e.a. (C-127/08, Jurispr. blz. I-6241, punt 79). Over het communautaire grondrecht op een gezinsleven en de impact ervan op onderdanen van derde staten, zie S. Carrera, *In Search of the Perfect Citizen?,* Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, blz. 375-388.

25 — Arrest van 2 augustus 2001, Boultif/Zwitserland, §§ 39, 41 en 46, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX.

26 — Zie ook arrest van 11 juli 2002, Amrollahi/Denemarken, §§ 33-44, niet gepubliceerd.

27 — Arrest van 9 oktober 2003, Slivenko/Letland, § 94, Recueil des arrêts et décisions 2003-X.

28 — Zie arrest van 26 september 1997, Mehemi/Frankrijk, § 34, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI en 19 februari 1998, Dalia/Frankrijk, punt 52, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

29 — Arrest van 21 december 2001, Sen/Nederland, § 40, niet gepubliceerd.

30 — Over de verschillen tussen de rechtspraak van het Hof en die van het Straatsburgse Hof inzake artikel 8 van het EVRM, zie F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme,* 3e ed., Parijs, PUF, 2003, blz. 510 en 511.

57. Ten eerste verlangt het Hof niet dat de burger van de Unie, om bescherming te kunnen ontvangen, ook de verzoeker in het hoofdgeding is. Hierdoor heeft het grondrecht op een familie- en gezinsleven volgens het Unierecht al op indirecte wijze gediend ter bescherming van onderdanen van derde landen die naaste verwanten waren van een burger van de Unie. Omdat er inmenging zou zijn in het recht van de burger van de Unie op een gezinsleven, genoot ook het gezinslid met de nationaliteit van het derde land dat zich daarop in rechte beriep, bescherming. [31]

58. Ten tweede kan het fundamentele recht zelfs worden ingeroepen wanneer het gezinslid dat bevolen wordt het land te verlaten, daar niet legaal verblijft. [32]

59. Ten derde neemt het Hof in aanmerking of het gezinslid een gevaar voor de openbare orde en veiligheid oplevert (wat een rechtvaardiging zou zijn voor uitzetting). [33]

60. Ten vierde zal het Hof een motivering die is gebaseerd op misbruik van recht alleen aanvaarden wanneer de lidstaat duidelijke bewijzen kan overleggen van de kwade trouw aan de zijde van de verzoeker. [34]

61. Deze en andere kenmerken van de grondrechten waar het hier om gaat, het recht op een familie- en gezinsleven en de rechten van het kind, komen tot uitdrukking in respectievelijk de artikelen 7 en 24, lid 3, van het Handvest. Tijdens het hier relevante tijdvak was het Handvest nog steeds „soft law" en derhalve niet bindend voor de Belgische autoriteiten. Het Hof steunde er echter reeds op als hulpmiddel bij de uitlegging, onder meer in zaken die het recht op een familie- en gezinsleven betroffen. [35] Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest de status van primair recht verkregen. [36]

62. Naar mijn mening vormt het besluit van de Belgische autoriteiten om Ruiz Zambrano te bevelen België te verlaten, gevolgd door

31 — Zie arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20). In het arrest Chen e.a., aangehaald in voetnoot 22, verzocht formeel zowel de nog zeer jonge dochter (Catherine Zhu, de burger van de Unie) als de onderdaan van het derde land (haar moeder, mevrouw Zhu) om bescherming. Wegens de leeftijd van Catherine werd het beroep in feite alleen door de moeder ingesteld, namens haar dochter en zichzelf.

32 — Zie arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 44). Volgens het vreemdelingenrecht van het Verenigd Koninkrijk was mevrouw Carpenter een „overstayer" (iemand die toestemming had om het Verenigd Koninkrijk te betreden maar vervolgens de toegestane verblijfsduur overschreed), terwijl Ruiz Zambrano een asielzoeker is wiens asielaanvraag werd afgewezen. In mijn visie kan dat echter geen grond vormen om onderscheid aan te brengen. Uit het arrest Carpenter blijkt duidelijk dat de Secretary of State (minister van Binnenlandse Zaken) naar nationaal recht evenveel recht had om op te treden tegen mevrouw Carpenter als de Belgische autoriteiten in de onderhavige zaak om op te treden tegen Ruiz Zambrano.

33 — Zie arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 44).

34 — Zie arresten Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 44); Chen e.a. (aangehaald in voetnoot 22, punten 36-41); Akrich (aangehaald in voetnoot 24, punt 57), en Metock e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punt 75).

35 — Zie arrest Parlement/Raad (aangehaald in voetnoot 24, punt 38).

36 — Zie artikel 6, lid 1, VEU.

hun aanhoudende weigering om hem een verblijfsvergunning te verlenen, een potentiële inbreuk op het fundamentele recht van zijn kinderen op een gezinsleven en op bescherming van hun rechten als kinderen, en hiermee ook (met toepassing van de arresten Carpenter en Chen e.a.) op het daaraan gelijkwaardige recht van Ruiz Zambrano, als hun vader, op een gezinsleven. Ik zeg „potentieel", omdat Ruiz Zambrano zich nog op Belgisch grondgebied bevindt. Het behoeft echter geen betoog dat de tenuitvoerlegging van het uitzettingsbevel een onmiddellijke inbreuk op deze rechten tot gevolg zou hebben.

63. Het behoeft evenmin betoog dat deze inbreuk ernstig belooft te zijn. Wanneer Ruiz Zambrano zou worden uitgezet, dan zou hetzelfde gebeuren met zijn echtgenote. De gevolgen van zulke acties voor de kinderen zouden drastisch zijn. Gelet op hun leeftijd zouden de kinderen niet langer in staat zijn zelfstandig in België te leven. Het minste kwaad zou derhalve zijn, naar ik aanneem, dat zij België samen met hun ouders zouden verlaten. Dat zou echter betekenen dat zij ontworteld worden uit de maatschappij en de cultuur waarin zij zijn geboren en inmiddels zijn geïntegreerd. Hoewel het uiteindelijk aan de nationale rechter is om het individuele geval in alle onderdelen te beoordelen, lijkt het terecht om ervan uit te gaan dat er gerede kans is dat de inbreuk ernstig zal zijn.

64. Weliswaar zijn de kinderen van Ruiz Zambrano geboren op een tijdstip waarop zijn status al irregulier was, maar de informatie in de verwijzingsbeschikking wekt de indruk dat hij volledig is geïntegreerd in de Belgische maatschappij en daar geen gevaar voor vormt. Hoewel het aan de nationale rechter is, die als enige over de feiten oordeelt, om dit al dan niet vast te stellen, lijkt deze indruk door de volgende gegevens te worden bevestigd.

65. In de eerste plaats werkte Ruiz Zambrano sinds hij België was binnengekomen regelmatig, betaalde hij de verschuldigde bijdragen aan het Belgische socialeverzekeringsstelsel en vroeg hij niet om bijstand van de overheid. [37] Ten tweede lijken hij en zijn echtgenote Moreno López een normaal gezinsleven te leiden en gaan hun kinderen thans in België naar school. Ten derde waren de Belgische autoriteiten wel bereid vijf jaar lang, toen Ruiz Zambrano bij Plastoria werkte, diens socialezekerheidsbetalingen aan de Belgische schatkist te accepteren — een bereidheid die in merkwaardig contrast staat met de onwilligheid van een ander Belgisch ministerie om hem een verblijfsvergunning te

37 — De werkloosheidsuitkering waar Ruiz Zambrano thans om verzoekt is immers een voorziening waartoe hij gerechtigd zou zijn op grond van zijn betaalde bijdragen, wanneer zijn arbeid bij Plastoria sinds Diego's geboorte in aanmerking zou worden genomen bij de berekening van de periode waarin hij heeft gewerkt.

verschaffen. [38] Ten vierde geeft het feit dat het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen een *niet-teruggeleidingsclausule* heeft laten opnemen aan dat Ruiz Zambrano en zijn gezin niet naar Colombia kunnen worden teruggeleid omdat dat hen aan reëel gevaar zou blootstellen. Zij zouden derhalve, wanneer zij België zouden moeten verlaten, een derde land moeten vinden dat bereid was hen op te nemen, waarmee zij al dan niet reeds een werkelijke band hebben. Ten vijfde hebben de Belgische autoriteiten, door Ruiz Zambrano in 2009 een tijdelijke verblijfsvergunning met mogelijkheid van verlenging te verlenen, stilzwijgend bevestigd dat zijn aanwezigheid in België geen gevaar voor de maatschappij vormt en dat er geen dwingende redenen van openbaar belang zijn die kunnen rechtvaardigen dat hij het land onmiddellijk zou dienen te verlaten.

66. Om al deze redenen lijkt mij aannemelijk dat, wanneer de Belgische autoriteiten werk zouden maken van hun weigering om Ruiz Zambrano na de geboorte van zijn eerste Belgische kind (Diego) een verblijfsvergunning te verlenen, door tenuitvoerlegging van het tegen hem uitstaande uitzettingsbevel [39], dit beschouwd zou worden als een ernstige inmenging in Diego's — en daarmee indirect ook Ruiz Zambrano's — grondrecht op een gezinsleven volgens het Unierecht.

Vraag 1 — Het burgerschap van de Unie

Inleidende opmerkingen

67. In 1992 stelde het Verdrag van Maastricht het Europese burgerschap in als een nieuwe en aanvullende status voor alle onderdanen van de lidstaten. Door aan iedere burger het recht toe te kennen zich vrijelijk binnen het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven, erkende het nieuwe Verdrag de wezenlijke rol van het individu, *ongeacht of hij wel of niet economisch actief is*, binnen de zojuist opgerichte Unie. Op iedere burger individueel rusten rechten en plichten die tezamen een nieuwe hoedanigheid vormen, waarvan het Hof in 2001 zei dat „[d]e hoedanigheid van burger van de Unie [...] de

38 — In de zaak Trojani (arrest van 7 september 2004, C-456/02, Jurispr. blz. I-7573), leek het feit dat, hoewel de Belgische socialezekerheidsautoriteiten niet tot uitkering van het bestaansminimum wilden overgaan, de gemeente-autoriteiten van Brussel een verblijfsvergunning hadden verleend, een factor te zijn geweest in de beslissing van het Hof dat Trojani zich kon beroepen op artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) juncto artikel 12 EG (thans artikel 18 VWEU): zie punt 44 van het arrest. De huidige tijdelijke verblijfsvergunning, met mogelijkheid van verlenging van Ruiz Zambrano is beperkt tot de duur van de beroepsprocedure voor de Raad van State. Zie hierboven, punt 27.

39 — Als ik het goed heb begrepen is, hangende de berechting van zijn beroep door de Raad van State, het uitzettingsbevel opgeschort, maar niet ingetrokken.

primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten [dient] te zijn".[40]

Kunnen van het Unieburgerschap afgeleide rechten louter op grond van verblijf in de lidstaat van nationaliteit worden ingeroepen?

Verplaatsing en de klassieke (economische) rechten op vrij verkeer

68. De consequenties van deze uitspraak zijn, naar ik voorspel, even zwaarwegend en verreikend als die van eerdere mijlpalen in de rechtspraak van het Hof. Ik acht de wijze waarop het Hof het burgerschap van de Unie heeft omschreven in het arrest Gryzelczyk in potentie even belangrijk als de historische uitspraak in het arrest Van Gend en Loos dat „de gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten [...] hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn".[41]

69. Het staat rechtens vast dat, om de klassieke economische rechten die zijn verbonden aan de vier vrijheden geldend te kunnen maken, normaal gesproken een of andere vorm van verplaatsing tussen lidstaten wordt vereist. Zelfs in dat verband is het echter opmerkelijk, dat het Hof het belang van een onbelemmerde uitoefening van zulke rechten erkend heeft en met een scheef oog kijkt naar elke nationale maatregel die de uitoefening van het recht van het vrije verkeer minder aantrekkelijk zou kunnen maken.

70. In het arrest Dassonville[42] heeft het Hof de beroemde uitspraak gedaan dat „iedere handelsregeling der lidstaten die de [...] handel [binnen de Unie] al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen". Deze brede formulering heeft het Hof in staat gesteld discriminatoire en non-discriminatoire nationale maatregelen ook aan een onderzoek te onderwerpen zonder dat er per se

40 — Arrest van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 31), later bevestigd in, onder meer, de arresten van 11 juli 2002, D'Hoop (C-224/98, Jurispr. blz. I-6191, punt 28); 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, Jurispr. blz. I-7091, punt 82); 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punt 65), en 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, Jurispr. blz. I-11613, punt 22); het arrest Chen e.a. (aangehaald in voetnoot 22, punt 25); arresten van 29 april 2004, Pusa (C-224/02, Jurispr. blz. I-5763, punt 16); 7 juli 2005, Commissie/Oostenrijk (C-147/03, Jurispr. blz. I-5969, punt 45); 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119, punt 31); 12 juli 2005, Schempp (C-403/03, Jurispr. blz. I-6421, punt 15); 12 september 2006, Spanje/Verenigd Koninkrijk (C-145/04, Jurispr. blz. I-7917, punt 74); 7 juni 2007, Commissie/Nederland (C-50/06, Jurispr. blz. I-4383, punt 32), en 16 december 2008, Huber (C-524/06, Jurispr. blz. I-9705, punt 69).

41 — Arrest van 5 februari 1963 (26/62, Jurispr. blz. 3). In het arrest Van Gend en Loos sprak het Hof uit dat de lidstaten hun soevereine rechten hadden beperkt „zij het op een beperkt terrein". Toen deze uitspraak werd herhaald in advies 2/94, kwam het tweede onderdeel van de zin daarin niet voor.

42 — Arrest van 11 juli 1974 (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5).

sprake was van verplaatsing van goederen.[43] De afschrikkende werking van een nationale maatregel kan volstaan om het huidige artikel 34 VWEU (oud artikel 28 EG) van toepassing te doen zijn. Zo oordeelde het Hof in het arrest Carbonati Apuani[44], in navolging van advocaat-generaal Poiares Maduro, dat heffingen op goederen binnen één lidstaat in strijd waren met het Verdrag.[45] Het Hof zette duidelijk uiteen dat in artikel 26, lid 2, VWEU (het oude artikel 14, lid 2, EG) bij de definitie van de interne markt als „een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd", „geen onderscheid [wordt] gemaakt tussen de grenzen tussen de lidstaten en de grenzen binnen één lidstaat".[46]

71. Een soortgelijke toets stelde het Hof ook in voor het vrije verkeer van personen en diensten in het arrest Säger[47], waar het uiteenzette dat artikel 59 EEG (thans artikel 56 VWEU) „niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert".[48] Deze redenering vond haar sluitstuk in het arrest Kraus[49], waar het Hof oordeelde dat een regeling die „de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door gemeenschapsonderdanen, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken" ook binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt.[50]

72. Het is derhalve inmiddels vaste rechtspraak dat een persoon wiens mogelijkheden om zich binnen de Unie te verplaatsen, zelfs door de lidstaat van zijn nationaliteit, worden „belemmerd" of „minder aantrekkelijk

43 — Zie onder andere arresten van 12 maart 1987, Commissie/Duitsland (178/84, Jurispr. blz. 1227, punt 27); 23 september 2003, Commissie/Denemarken (C-192/01, Jurispr. blz. I-9693, punt 39); 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punt 66); 19 juni 2003, Commissie/Italië (C-420/01, Jurispr. blz. I-6445, punt 25), en 5 februari 2004, Commissie/Frankrijk (C-24/00, Jurispr. blz. I-1277, punt 22).

44 — Arrest van 9 september 2004 (C-72/03, Jurispr. blz. I-8027).

45 — De advocaat-generaal besprak openlijk de aard van de maatregelen die aan de orde zijn in gevallen als in het arrest Carbonati Apuani, en gaf toe dat „noch de nationale regeling, noch het gemeenschapsrecht als zodanig een discriminatie [doet] ontstaan. Deze is evenwel het gevolg van de gedeeltelijke toepassing van het gemeenschapsrecht op de betrokken nationale regeling. Zelfs indien deze situatie is gewild noch voorzien, is zij een noodzakelijk gevolg van de toepassing van het gemeenschapsrecht. Ook al valt deze situatie, wat haar belangrijkste bestanddelen betreft, onder het nationale recht, zij is ook een ‚residuaire' situatie vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht. Door de effecten die het bewust of onbewust sorteert, wordt het gemeenschapsrecht er één van de constitutieve bestanddelen van" (punt 62).

46 — Arrest Carbonati Apuani (aangehaald in voetnoot 44, punt 23).

47 — Arrest van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221).

48 — Arrest Säger, punt 12.

49 — Arrest van 31 maart 1993 (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punten 28 en 32).

50 — Arrest Kraus, punt 32. Zie voorts met name het arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, Jurispr. blz. I-4265, punt 23), waarin deze rechtspraak wordt toegepast op het gezinsverband van echtgenoten.

gemaakt", zich kan beroepen op de rechten van het Verdrag. [51]

73. Het Hof heeft overigens de idee dat de uitoefening van rechten daadwerkelijke verplaatsing veronderstelt, reeds enigszins afgezwakt. Zo oordeelde het in het arrest Alpine Investments [52], dat een verbod om potentiële klanten in een andere lidstaat op te bellen, binnen de werkingssfeer kwam van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening, ook al was geen sprake van daadwerkelijke verplaatsing. In het arrest Carpenter [53] aanvaardde het Hof dat Unierecht de uitkomst bepaalde van een beroep tegen een uitzettingsbevel dat de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hadden uitgevaardigd tegen een onderdaan van de Filippijnen. De basis voor de toepassing van Unierecht was, dat de echtgenoot van mevrouw Carpenter, een Brits onderdaan, af en toe reizen maakte naar andere lidstaten om advertentieruimte in een Brits tijdschrift te verkopen. Het Hof aanvaardde het argument dat het voor de echtgenoot van mevrouw Carpenter makkelijker was om diensten te verlenen en te ontvangen omdat zij zorgde voor zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk. Het Hof concludeerde daarom dat de uitzetting van mevrouw Carpenter het recht van haar echtgenoot op het verlenen en ontvangen van diensten zou beperken, evenals zijn grondrecht op een gezinsleven. [54]

74. Recenter, in het arrest Metock e.a. [55], aanvaardde het Hof dat het feit dat mevrouw Metock, een Kameroense die vervolgens de Britse nationaliteit verwierf en al in Ierland woonde en werkte toen zij in het huwelijk trad met haar echtgenoot (eveneens een Kameroener, die zij twaalf jaar eerder in dat land had ontmoet), in het verleden haar rechten van vrij verkeer had uitgeoefend, volstond ter verkrijging door haar echtgenoot van een afgeleid recht van verblijf in Ierland, ondanks dat hij niet voldeed aan het nationaalrechtelijke vereiste dat hij vóór aankomst in Ierland legaal in een andere lidstaat woonachtig was geweest. [56]

Verplaatsing en burgerschap van de Unie

75. In veel burgerschapzaken is er een duidelijk grensoverschrijdend element dat parallel loopt met de uitoefening van de klassieke rechten van het vrije economische verkeer.

51 — Zie onder andere arresten van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37); 9 september 2003, Burbaud (C-285/01, Jurispr. blz. I-8219, punt 95); 14 oktober 2004, Commissie/Nederland (C-299/02, Jurispr. blz. I-9761, punt 15); 26 mei 2005, Allard (C-249/04, Jurispr. blz. I-4535, punt 32), en 17 juli 2008, Commissie/Frankrijk (C-389/05, Jurispr. blz. I-5337, punt 56).

52 — Arrest van 10 mei 1995 (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141).

53 — Aangehaald in voetnoot 20.

54 — Arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 39).

55 — Aangehaald in voetnoot 24.

56 — Arrest Metock e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punt 58).

Zo waren in de zaak Bickel en Franz [57] de verweerders respectievelijk een Duitse en een Oostenrijkse onderdaan, die strafrechtelijk vervolgd werden in de Italiaanse regio Trentino — Alto Adige (het voormalige Zuid-Tirol) en hoopten zij te kunnen worden berecht in het Duits in plaats van in het Italiaans. In de zaak Martínez Sala [58] was de verzoekster een Spaans onderdaan die naar Duitsland was verhuisd. In de zaak Bidar [59] was Dany Bidar van Frankrijk naar het Verenigd Koninkrijk gegaan, waar hij bij zijn grootmoeder woonde om na de dood van zijn moeder zijn schoolopleiding af te maken alvorens een studentenlening aan te vragen ter financiering van zijn universitaire studie.

76. Wanneer onderdanen van een lidstaat tegenover hun eigen lidstaat een beroep doen op aan het burgerschap van de Unie ontleende rechten, was daaraan voorafgaand bovendien meestal een of andere verplaatsing waarbij die lidstaat werd verlaten, om er later weer terug te keren. In de zaak D'Hoop [60] vertrok Marie-Nathalie D'Hoop uit België naar Frankrijk, waar zij haar opleiding voltooide; zij keerde vervolgens terug naar België, waar zij aanspraak maakte op de „wachtuitkering" die wordt toegekend aan jongeren die pas hun studie hebben voltooid en op zoek zijn naar hun eerste dienstbetrekking. In de zaak Grunkin en Paul [61] reisde Leonhard Matthias Grunkin-Paul tussen Denemarken (waar hij was geboren, woonde en schoolging) en Duitsland (het land waarvan hij de nationaliteit had) om daar tijd door te brengen bij zijn gescheiden vader. Hij beriep zich op de noodzaak dat in zijn Duitse paspoort dezelfde naam werd vermeld die hem op wettige wijze in Denemarken was gegeven, en niet een andere naam.

77. Ik denk echter niet dat de uitoefening van de aan het burgerschap van de Unie ontleende rechten altijd onlosmakelijk en dwingend verbonden is met daadwerkelijke verplaatsing. Er zijn inmiddels ook burgerschapszaken waarin de factor van de daadwerkelijke verplaatsing nauwelijks waarneembaar of ronduit afwezig is.

78. In de zaak Garcia Avello [62] waren de ouders Spaanse onderdanen die in België waren gaan wonen; hun kinderen Esmeralda en Diego (met een dubbele Spaans-Belgische nationaliteit, wier litigieuze geslachtsnaam het voorwerp van de procedure uitmaakte) waren echter geboren in België en hadden dat land, voor zover doorschemert in het dossier, nooit verlaten. Catherine Zhu, van de zaak Chen e.a. [63], was geboren in een deel van het Verenigd Koninkrijk (Noord-Ierland) en verplaatste zich slechts *binnen* het Verenigd Koninkrijk (naar Engeland). De wetten die toentertijd de Ierse nationaliteit verleenden aan eenieder die werd geboren op het Ierse

57 — Arrest van 24 november 1998 (C-274/96, Jurispr. blz. I-7637).

58 — Arrest van 12 mei 1998 (C-85/96, Jurispr. blz. I-2691).

59 — Aangehaald in voetnoot 40.

60 — Aangehaald in voetnoot 40.

61 — Arrest van 14 oktober 2008 (C-353/06, Jurispr. blz. I-7639).

62 — Aangehaald in voetnoot 40.

63 — Aangehaald in voetnoot 22.

eiland (met inbegrip van Noord-Ierland), alsmede gedegen juridisch advies, stelden haar in staat om een beroep te doen op het burgerschap van de Unie teneinde een recht van verblijf in het Verenigd Koninkrijk te vestigen voor haarzelf en haar Chinese moeder, aangezien het haar, als peuter, anders onmogelijk zou zijn geweest om haar rechten als burger van de Unie effectief uit te oefenen. In de zaak Rottmann [64] had Dr Rottmann het cruciale burgerschap (niet zijn vroegere Oostenrijkse burgerschap wegens geboorte, maar zijn Duitse burgerschap wegens naturalisatie) verworven nadat hij van Oostenrijk naar Duitsland was getrokken. Het arrest gaat echter voorbij aan die eerdere verplaatsing en kijkt uitsluitend naar de *toekomstige* gevolgen van de intrekking van het Duitse staatsburgerschap, die Dr Rottmann staatloos zou maken. (Ik zal hieronder in meer detail op dit belangrijke recente arrest terugkomen.) [65]

79. Wanneer men de diverse rechten onderzoekt die het Verdrag toekent aan de burgers van de Unie, wordt duidelijk dat sommige daarvan — met name het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen — alleen kunnen worden ingeroepen in een andere lidstaat dan die waarvan de betrokken persoon een onderdaan is. [66] Andere rechten — het recht een verzoekschrift tot het Europees Parlement te richten overeenkomstig artikel 227 VWEU en het recht zich tot de ombudsman te wenden overeenkomstig artikel 228 VWEU — lijken zonder geografische beperkingen te kunnen worden uitgeoefend. [67] Het recht op diplomatieke of consulaire bescherming volgens artikel 23 VWEU (het oude artikel 20 EG) kan worden uitgeoefend in elk derde land waar de lidstaat waarvan de betrokken persoon een onderdaan is, niet over een vertegenwoordiging beschikt.

80. Het recht dat wellicht de „harde kern" vormt, namelijk het „recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven" [68], is moeilijker vast te pinnen. Is het een gecombineerd recht (het recht om te „verplaatsen-en-verblijven"), een twee-fasen-recht („het recht om te verplaatsen en, na een eerdere verplaatsing, om te verblijven"), of omvat het twee zelfstandige

64 — Arrest van 2 maart 2010 (C-135/08, Jurispr. blz. I-1449).

65 — Zie infra, punt 93 e.v.

66 — Zie artikel 22 VWEU (oud artikel 19 EG), dat uitdrukkelijk spreekt van „verblijf houdt in een lidstaat waarvan hij geen onderdaan is", en artikel 20, lid 2, sub b, VWEU (oud artikel 17 EG) dat spreekt van de rechten die de burgers van de Unie hebben „in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat".

67 — Beide rechten worden ingesteld bij artikel 24 VWEU (oud artikel 21 EG). Krachtens hetzelfde artikel zou een burger van de Unie (waarschijnlijk) ook vanaf elke plek ter aarde een instelling kunnen aanschrijven, met inachtneming van het taalregiem, en gerechtigd zijn een antwoord te ontvangen. Zo zouden (bijvoorbeeld) Ruiz Zambrano's kinderen vanuit willekeurig welk derde land, alsmede vanuit een der lidstaten, een van de instellingen in het Spaans kunnen aanschrijven, en recht hebben op een antwoord.

68 — Zoals geformuleerd in artikel 20, lid 2, sub a, VWEU (oud artikel 17 EG) en artikel 21, lid 1, VWEU (oud artikel 18, lid 1, EG).

rechten („het recht om te verplaatsen" en „het recht om te verblijven")?

De impact van grondrechten

81. Wat zou het Hof moeten doen als het voor de keuze werd gesteld om de uitlegging van „het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven" zoals verankerd in de artikelen 20, lid 2, sub a, en 21, lid 1, VWEU, te beperken tot situaties waarin de Unieburger eerst naar een andere lidstaat is gegaan, dan wel te aanvaarden dat de termen „verplaatsen" en „verblijven" los van elkaar kunnen worden gelezen, zodat een Unieburger niet wordt uitgesloten van de mogelijkheid om zich op deze rechten te beroepen wanneer hij (zonder voorgaande verplaatsing) in de lidstaat van zijn nationaliteit verblijft?

82. Hier is het nodig om terug te komen op de kwestie van de bescherming van grondrechten binnen de rechtsorde van de Europese Unie.

83. Het belang van grondrechten in de klassieke context van het vrije verkeer werd het meest welsprekend verwoord door advocaat-generaal Jacobs in de zaak Konstantinidis [69], waar het ging om een in Duitsland werkzame Griekse masseur die betoogde dat de officiële transliteratie van zijn naam een schending was van zijn rechten onder Unierecht. De wijze waarop advocaat-generaal Jacobs de bestaande Wachauf-rechtspraak benaderde, had verreikende gevolgen. De zaak Konstantinidis was niet meer zomaar een zaak van discriminatie wegens nationaliteit, maar werd een zaak over het fundamentele recht op een persoonlijke identiteit. Aanvaarding van het recht van de verzoeker (zoals het Hof deed in zijn arrest) betekent impliciet de aanvaarding van de stelling dat een Unieonderdaan die naar een andere lidstaat gaat, *inderdaad* ervan mag uitgaan „dat, waar hij ook gaat in de Europese [Unie] [...] hij volgens een gemeenschappelijke code van fundamentele waarden zal worden behandeld [...]. Met andere woorden, hij heeft het recht om te zeggen ‚civis europeus sum' en zich op die status te beroepen om op te komen tegen elke schending van zijn fundamentele rechten". [70] De burger van de Unie die rechten van vrij verkeer uitoefent, kan zich beroepen op het complete scala van door het Unierecht beschermde grondrechten (ongeacht of deze verband houden met de economische arbeid ter verrichting waarvan hij zich tussen de lidstaten verplaatst). Zou dit anders zijn, dan zou hij zich van uitoefening van die rechten van vrij van verkeer kunnen laten weerhouden.

84. Het zou (op zijn zachtst gezegd) tegenstrijdig zijn wanneer een burger van de Unie

69 — Conclusie van 9 december 1992, arrest van 30 maart 1993 (C-168/91, Jurispr. blz. I-1191).

70 — Conclusie in de zaak Konstantinidis (aangehaald in de vorige voetnoot, punt 46).

grondrechten onder Unierecht geldend kon maken bij de uitoefening van een economisch recht op vrijheid van verkeer als werknemer, of wanneer het nationale recht binnen de werkingssfeer van het Verdrag komt (bijvoorbeeld de bepalingen inzake gelijke beloning), of wanneer hij een beroep doet op secundaire Uniewetgeving (zoals de dienstenrichtlijn), maar dit niet zou kunnen doen wanneer hij alleen maar in die lidstaat „verblijf houdt". Laten we ter illustratie de eventuele bescherming die binnen de nationale rechtsorde zelf ontleend kan worden aan een beroep op artikel 8 van het EVRM terzijde laten en veronderstellen (hoe onwaarschijnlijk ook) dat een nationale regel in lidstaat A een sterkere bescherming van de vrijheid van godsdienstbelijdenis voorbehoudt aan personen die daar 20 jaar voortdurend verblijf hebben gehouden. Een onderdaan van lidstaat A (zoals Marie-Nathalie D'Hoop) die in het verleden rechten van vrij verkeer had uitgeoefend door naar de naburige lidstaat B te gaan en pas onlangs was teruggekeerd naar lidstaat A, zou tegenover de lidstaat van haar nationaliteit een beroep kunnen doen op haar grondrechten in het kader van haar burgerschap van de Unie (uit hoofde van zowel artikel 9 van het EVRM als artikel 10 van het Handvest). Zou een 18-jarige burger van de Unie die onderdaan was van lidstaat B, maar was geboren en altijd gewoond had in lidstaat A, hetzelfde kunnen doen? [De bestreden nationale regel bevat geen rechtstreekse of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, dus artikel 18 VWEU (het oude artikel 12 EG) kan niet worden ingeroepen.] Uitgaande van het arrest Garcia Avello is het antwoord gewis bevestigend — maar dat antwoord impliceert dat het „recht om te verblijven" een opzichzelfstaand recht is, en geen recht dat met een soort juridische navelstreng is gekoppeld aan het recht om zich te verplaatsen. Wat te denken, ten slotte, (en hier loop ik vooruit op de discussie inzake de omgekeerde discriminatie) van de 18-jarige burger van de Unie die onderdaan is van lidstaat A, daar verblijf houdt en geen nadere, hetzij bij toeval hetzij opzettelijk tot stand gebrachte band met Unierecht kan aanwijzen (zoals, bijvoorbeeld, dat hij op een schoolreis lidstaat B heeft bezocht)?

85. Tegen deze achtergrond keer ik terug naar de bestaande rechtspraak van het Hof inzake het burgerschap.

86. Wanneer men vasthoudt aan het uitgangspunt dat fysieke verplaatsing naar een andere lidstaat dan de lidstaat van nationaliteit vereist is alvorens als burger van de Unie een beroep op verblijfsrechten te kunnen doen, kan dit leiden tot vreemde en onlogische resultaten. Stel, dat een aardige buurman Diego en Jessica had meegenomen voor een paar bezoekjes aan het Parc Astérix in Parijs,

of de kust van Bretagne[71]: dan zouden zij diensten in een andere lidstaat hebben ontvangen. Als zij rechten geldend wilden maken ten gevolge van hun „verplaatsing" kon niet beweerd worden dat hun situatie een „zuiver interne" aangelegenheid voor België was.[72] Zou één bezoek genoeg zijn? Twee? Verscheidene? Zou een excursie van één dag volstaan, of zouden zij een nacht of twee in Frankrijk moeten doorbrengen?

87. Wanneer het gezin, gedwongen om België en daarmee de Europese Unie te verlaten, zijn toevlucht zou zoeken in, bijvoorbeeld, Argentinië, zouden Diego en Jessica als Unieburgers een beroep kunnen doen op diplomatieke en consulaire bescherming bij de vertegenwoordigingen van andere lidstaten in dat derde land. Zij zouden om toegang tot documenten kunnen verzoeken en de Ombudsman mogen aanschrijven. In de bovenstaande hypothese zouden zij echter geen beroep op hun rechten als burgers van de Unie kunnen doen om in België te blijven wonen.

88. Het is niet eenvoudig om bij een dergelijke uitkomst een onprettig gevoel te onderdrukken. De uitoefening van de rechten van het Unieburgerschap lijkt eerder te worden beheerst door de wetten der kansberekening dan door de rede.

89. Zou de rechtspraak inzake het burgerschap drastisch moeten worden opgerekt om in het onderhavige geval te oordelen dat de rechten van Ruiz Zambrano's kinderen als burgers van de Unie effect sorteren — niettegenstaande dat zij zich nog niet buiten de lidstaat van hun nationaliteit hebben gewaagd — en (zo ja) over te gaan tot de vraag of hij een afgeleid recht van verblijf geldend kan maken?

90. Ik geloof niet dat er een al te grote stap nodig is.

Is dit een zuiver interne situatie?

91. In de onderhavige procedure hebben de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, eenstemmig betoogd dat de situatie van Ruiz Zambrabo voor België een „zuiver interne" situatie is en dat derhalve geen unierechtelijke bepalingen, ook niet inzake het burgerschap van de Unie, in het geding komen. De Commissie volgde een soortgelijke redenering. In meer of mindere mate wijzen alle lidstaten op de bescherming die eventueel aan Ruiz Zambrano en zijn gezin kan worden geboden uit hoofde van hetzij het nationale recht hetzij het EVRM en stellen zij het Hof voor, met wisselende heftigheid, zich niet te verdiepen in de mogelijkheid dat er rechten in het spel

71 — Het spreekt voor zich dat de ouders van de kinderen er niet verstandig aan zouden hebben gedaan om een dergelijk uitstapje zelf te ondernemen en te riskeren dat zij niet opnieuw in België werden toegelaten.

72 — Zie het arrest van 2 februari 1989, Cowan (186/87, Jurispr. blz. 195, punt 15).

zouden zijn uit hoofde van de bepalingen inzake het burgerschap.

92. Ik deel hun opvatting niet.

93. Het is vermeldenswaard dat, in de zaak Rottmann, zowel Duitsland (Dr Rottmanns lidstaat van naturalisatie) als Oostenrijk (zijn staat van herkomst), ondersteund door de Commissie, betoogde dat „[Dr Rottmann], toen tot intrekking van zijn naturalisatie werd besloten, een Duitse onderdaan was, die in Duitsland woonde, ten aanzien van wie een bestuurshandeling van een Duitse autoriteit was gesteld. [...] [H]et [gaat] dus om een *louter interne situatie* zonder enige band met het Unierecht, dat niet van toepassing is door het enkele feit dat een lidstaat een maatregel jegens een van zijn onderdanen treft. De omstandigheid dat de betrokkene, in een situatie als die van het hoofdgeding, *vóór zijn naturalisatie gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer, kan op zich geen grensoverschrijdend element zijn* dat een rol kan spelen bij de intrekking van deze naturalisatie”. [73]

94. Bij beoordeling van dat argument nam het Hof de uitnodiging aan om geen acht te slaan op de vroegere uitoefening door Dr Rottmann van zijn recht om zich vrijelijk te verplaatsen (van Oostenrijk naar Duitsland) en keek het naar de toekomst, niet het verleden. Het wees ronduit erop, dat hoewel de verkrijging en het verlies van de nationaliteit een materie is die tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, in situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, de betrokken nationale voorschriften dat laatste toch moeten eerbiedigen. Het Hof besloot dat „de situatie van een burger van de Unie die [...] wordt geconfronteerd met een [...] besluit tot intrekking van de naturalisatie dat hem [...] *in een situatie brengt die kan leiden tot het verlies van de* bij artikel [20 VWEU] verleende *hoedanigheid en de daaraan verbonden rechten*, wegens *de aard en de gevolgen ervan* onder het Unierecht valt”. [74]

95. Mij dunkt dat de redenering van het Hof in het arrest Rottmann, gelezen in samenhang met zijn eerdere uitspraak in de zaak Chen e.a., zich goed leent voor toepassing op het onderhavige geval. Hier was de verlening van de Belgische nationaliteit aan Ruiz Zambrano's kinderen, Diego en Jessica, een aangelegenheid die binnen de bevoegdheden van die lidstaat viel. Toen die nationaliteit eenmaal was verleend, werden de kinderen echter burgers van de Unie, die de rechten die hun als zodanig verleend waren, mochten uitoefenen, naast hun rechten als Belgische onderdanen. Zij hebben zich nog niet buiten hun eigen lidstaat begeven. Dit had Dr Rottmann na zijn naturalisatie evenmin. Indien de

73 — Arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punt 38; mijn cursivering).

74 — Arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punt 42; mijn cursivering).

ouders geen afgeleid recht van verblijf hebben en België moeten verlaten, zullen de kinderen, naar alle waarschijnlijkheid, met hen mee moeten gaan. Dat zou Diego en Jessica praktisch gesproken in een „situatie breng[en] die kan leiden tot het verlies van de [door hun burgerschap van de Unie] verleende hoedanigheid en de daaraan verbonden rechten". Hieruit volgt (zoals het geval was voor Dr Rottmann) dat de *situatie van de kinderen* „wegens de aard en de gevolgen ervan onder het Unierecht valt".

96. Bovendien kunnen Diego en Jessica, net als Catherine Zhu, hun rechten als burgers van de Unie (met name hun rechten om in alle lidstaten te reizen en er verblijf te houden) niet volledig en doeltreffend uitoefenen zonder de aanwezigheid en bijstand van hun ouders. Door dezelfde koppeling te maken als die welke het Hof aanvaardde in het arrest Chen e.a. (het in staat stellen van een jong kind om zijn burgerschapsrechten deeltreffend uit te oefenen), is ook *de situatie van Ruiz Zambrano* voor de betrokken lidstaat niet van „zuiver interne" aard, zodat deze ook onder het Unierecht valt.

97. Hieruit volgt derhalve ook (evenals in het arrest Rottmann) dat het „in die omstandigheden [...] aan het Hof [staat] om zich uit te spreken over de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter" — oftewel, in wezen, dat op grond van de feiten in deze zaak *geen* sprake is van een zuiver interne situatie zonder enige aanknoping met het Unierecht. Naar mijn mening zou het Hof dan over de volgende punten moeten beslissen: a) is een inmenging in de rechten van Ruiz Zambrano's kinderen om zich, als burgers van de Unie, vrij te verplaatsen binnen het grondgebied van de lidstaten en daar verblijf te houden, waarschijnlijk?; b) zo ja, is deze dan in beginsel toelaatbaar?; c) zo ja, zijn daaraan dan niettemin beperkingen verbonden (bijvoorbeeld op evenredigheidsgronden)?

Is er inmenging?

98. Als burgers van de Unie, hebben Ruiz Zambrano's kinderen ontegenzeggelijk een „recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven". In theorie kunnen zij dat recht uitoefenen. In de praktijk kunnen zij dit, wegens hun leeftijd, niet onafhankelijk van hun ouders doen.

99. Wanneer Ruiz Zambrano geen afgeleid recht van verblijf in België kan krijgen (de kwestie waarom zijn recht op een werkloosheidsuitkering draait) zal hij, vroeger of later, moeten vertrekken uit de lidstaat waarvan zijn kinderen de nationaliteit hebben.

Gegeven hun leeftijd (en mits een eventueel vertrek niet zo lang wordt uitgesteld tot de kinderen meerderjarig zijn), zullen zijn kinderen met hem moeten vertrekken. [75] Zij zullen niet in staat zijn tot uitoefening van hun recht om zich te verplaatsen en verblijf te houden binnen het grondgebied van de Europese Unie. De parallellen met het arrest Rottmann liggen voor de hand. De rechten van Dr Rottmann als burger van de Unie werden ernstig bedreigd omdat intrekking van zijn naturalisatie in Duitsland hem de uitoefening van deze rechten ratione personae onmogelijk zou maken. De kinderen van Ruiz Zambrano zien zich gesteld voor een vergelijkbare bedreiging van hun rechten ratione loci. Om zich tussen lidstaten te verplaatsen of in een ervan te verblijven, moeten zij lichamelijk aanwezig kunnen blijven op het grondgebied van de Europese Unie. [76]

100. Zoals we hebben gezien (het duidelijkst in de arresten Garcia Avello, Chen e.a. en Rottmann), staat de bestaande rechtspraak reeds toe dat bepaalde burgerschapsrechten los van voorafgaande grensoverschrijdende verplaatsingen worden ingeroepen door de betrokken Unieburger. Ik heb de indruk dat wanneer de verzoekers in de twee eerstgenoemde zaken *genoodzaakt* waren geweest tegenover de autoriteiten van de betrokken lidstaten (Spaanse onderdanen in België, een Ierse onderdaan in het Verenigd Koninkrijk) een beroep te doen op een opzichzelfstaand verblijfsrecht, het Hof een dergelijk recht zeker erkend zou hebben. In het arrest Rottmann is het Hof al verder gegaan door de toekomstige burgerschapsrechten van een in Duitsland wonende Duitse onderdaan te beschermen. Tegen die achtergrond zou het gekunsteld aandoen om niet openlijk te erkennen (hoewel het recht om te verblijven in de overgrote meerderheid der gevallen waarschijnlijk is uitgeoefend na uitoefening van het recht om te verplaatsen) dat artikel 21 VWEU een afzonderlijk recht toekent om te verblijven, dat losstaat van het recht van vrije verplaatsing.

101. Ik geef het Hof derhalve in overweging het bestaan van dat opzichzelfstaande recht op verblijf bij deze te erkennen.

102. Om de redenen die ik reeds heb besproken, kunnen Diego en Jessica een dergelijk recht van verblijf niet uitoefenen zonder de bijstand van hun ouders. Ik concludeer hieruit dat een weigering om een afgeleid recht van verblijf voor Ruiz Zambrano te erkennen, in de omstandigheden van het onderhavige geval, in potentie een inmenging zou kunnen opleveren in Diego's en Jessica's recht van verblijf als burgers van de Unie.

103. Ik voeg hieraan toe dat, indien het Hof niet genegen is te aanvaarden dat artikel 21 VWEU een opzichzelfstaand verblijfsrecht

75 — Zie hierboven, punten 86 en 87, waar wordt ingegaan op de gevolgen voor het recht op een gezinsleven.

76 — Het is theoretisch natuurlijk mogelijk dat een andere lidstaat bereid zou zijn de familie op te nemen. In dat geval zouden Diego en Jessica hun rechten als Unieburgers nog steeds, althans tot op zekere hoogte, kunnen uitoefenen.

toekent, ik in de omstandigheden van dit geval nog steeds tot de slotsom zou komen, dat de potentiële inmenging in het recht van Diego en Jessica om zich te verplaatsen en te verblijven binnen het grondgebied van de Unie, voldoende overeenkomsten vertoont met de inmenging die dreigde voor Catherine Zhu (die nooit verblijf had gehouden in de Ierse Republiek en zelfs nooit het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk had verlaten), om hun situatie aan de hare gelijk te stellen.

Valt de inmenging te rechtvaardigen?

104. Ik begin met de opmerking dat Ruiz Zambrano, toen hij de keuze maakte om geen uitdrukkelijke verklaring af te leggen dat zijn kinderen Columbiaanse onderdanen dienden te zijn, maar hen in plaats daarvan de nationaliteit liet verwerven van de lidstaat van de Unie waar zij waren geboren, gebruikmaakte van een mogelijkheid waarover hij wettig beschikte. In dat opzicht is zijn gedrag goed te vergelijken met dat van de heer en mevrouw Zhu. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat er niets afkeurenswaardigs aan is om te profiteren van een door de wet toegekende mogelijkheid en dat dit duidelijk te onderscheiden valt van misbruik van recht. [77] Sinds de feiten van de onderhavige zaak zich hebben voorgedaan, is het Belgische nationaliteitsrecht gewijzigd [78] en iemand in de positie van Ruiz Zambrano zou thans niet meer ervoor kunnen kiezen, zijn kind niet bij de diplomatieke of consulaire autoriteiten van zijn eigen land te laten inschrijven om ervoor te zorgen dat het de Belgische nationaliteit verkrijgt. Maar toen hij handelde zoals hij deed, was daar niets verkeerds aan.

105. Het is belangrijk dit in gedachten te houden, met name in verband met het argument van de „sluisdeuren". De lidstaten hebben in de hand wie hun onderdanen mogen worden. [79] Het Hof houdt zich hier uitsluitend bezig met de rechten die deze personen geldend kunnen maken, *wanneer zij eenmaal onderdanen van een lidstaat zijn geworden*, uit hoofde van hun gelijktijdige verwerving van het burgerschap van de Unie.

106. Zo konden aan mevrouw Manjit Kaur, in het arrest Kaur [80], geen aan de status van burger van de Unie verbonden rechten worden ontnomen, omdat zij niet beantwoordde aan de definitie van onderdaan van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Aangezien zij al bij de eerste

77 — Zie de arresten Akrich (aangehaald in voetnoot 24, punten 55-57) (inzake rechten uit hoofde van Unierecht), en Chen e.a. (aangehaald in voetnoot 22, punt 36) (inzake oorspronkelijk aan het nationale recht ontleende rechten).

78 — Het Ierse nationaliteitsrecht is eveneens gewijzigd (daar *na* het arrest Chen e.a. van het Hof) bij de Irish Nationality and Citizenship Act 2004.

79 — Zie arresten van 7 juli 1992, Micheletti e.a. (C-369/90, Jurispr. blz. I-4239, punt 10); 11 november 1999, Mesbah (C-179/98, Jurispr. blz. I-7955, punt 29), en 20 februari 2001, Kaur (C-192/99, Jurispr. blz. I-1237, punt 19), en arrest Chen e.a. (aangehaald in voetnoot 22, punt 37).

80 — Aangehaald in de vorige voetnoot.

hindernis bleef steken en zij volgens de voor haar geldende nationaliteitsrechtelijke bepalingen niet kon worden aangemerkt als persoon „die de nationaliteit van een lidstaat bezit", kon zij vervolgens niet als burger van de Unie rechten uit hoofde van Unierecht geldend maken teneinde verblijf te houden in een lidstaat (met inbegrip van het Verenigd Koninkrijk). [81] In de onderhavige zaak bezitten en genieten de kinderen van Ruiz Zambrano echter de normale rechten van Belgische onderdanen, net zoals Dr Rottmann de normale rechten van zijn door naturalisatie verkregen Duitse nationaliteit bezat en genoot.

Evenredigheid

107. Het is duidelijk dat zich situaties voordoen waarin de uitoefening van rechten door een Unieburger *niet* afhankelijk is van de verlening van verblijfsrechten aan een familielid in opgaande lijn. Zo zal een Unieburger die de meerderjarige leeftijd heeft bereikt, zijn rechten om binnen het grondgebied van de Europese Unie te reizen en verblijf te houden, kunnen uitoefenen zonder dat het nodig is zijn ouder(s) parallelle rechten van verblijf in de uitverkoren lidstaat toe te kennen.

108. Naar mijn mening is de inmenging in Unieburgerschapsrechten die zich voordoet wanneer een familielid in opgaande lijn geen automatisch afgeleid recht van verblijf geniet in de lidstaat van nationaliteit van de burger van de Unie, in beginsel aanvaardbaar. Onder bepaalde combinaties van omstandigheden kan deze inmenging echter niet aanvaardbaar zijn (met name omdat deze wellicht onevenredig is).

109. Zoals het Hof heeft vastgesteld in de arresten Micheletti e.a. [82], Kaur [83] en meer recent Rottmann, is de toekenning van nationaliteit weliswaar een aangelegenheid die behoort tot de bevoegdheid van iedere afzonderlijke lidstaat, maar dient die bevoegdheid te worden uitgeoefend met inachtneming van het recht van de Unie. [84] Hetzelfde resultaat werd bereikt in het arrest Bickel en Franz met betrekking tot het strafrecht en het strafproces [85], in het arrest Garcia Avello betreffende de nationale voorschriften inzake de geslachtsnaam [86] en in het arrest Schempp met betrekking tot rechtstreekse belastingheffing [87] — allemaal gevoelige gebieden waarop de lidstaten nog altijd belangrijke bevoegdheden uitoefenen.

81 — Arrest Kaur, aangehaald in voetnoot 79 (en aangehaald in het arrest Rottmann, punt 49), zie met name punten 20-24.

82 — Aangehaald in voetnoot 79, punt 10.

83 — Aangehaald in voetnoot 79, punt 19.

84 — Arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punten 41 en 42).

85 — Aangehaald in voetnoot 57, punt 17.

86 — Aangehaald in voetnoot 40, punt 25.

87 — Aangehaald in voetnoot 40, punt 19.

110. In de onderhavige situatie gaat het, zoals zo dikwijls het geval is, om de uitoefening van een recht en om de eventuele rechtvaardiging van inmenging in (of afwijking van) dat recht, en uiteindelijk is het een kwestie van proportionaliteit. Is, in de omstandigheden van dit geval, de weigering om aan Ruiz Zambrano een recht van verblijf toe te kennen, dat is afgeleid van de rechten van zijn kinderen als burgers van de Unie, proportioneel? Hoewel de beslissing betreffende die evenredigheid uiteindelijk (zoals gewoonlijk) een zaak is voor de nationale rechter, zouden een paar korte opmerkingen wellicht behulpzaam kunnen zijn.

111. Voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel op het onderhavige geval dient (evenals in het arrest Rottmann) „[...] de nationale rechter [...] na te gaan of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde intrekkingsbesluit in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel wat de gevolgen ervan voor de situatie van de betrokkene uit het oogpunt van het Unierecht betreft" [88] (naast de toetsing van de evenredigheid van dit besluit aan het nationale recht). Zoals het Hof in dat arrest verder uitlegde: „[b]ijgevolg moet, gelet op het belang dat het primaire recht aan de hoedanigheid van burger van de Unie hecht, [...] rekening worden gehouden met de eventuele gevolgen van dit besluit voor de betrokkene, en in voorkomend geval voor zijn gezinsleden wat het verlies betreft van de rechten die elke burger van de Unie geniet. In dit verband dient met name te worden nagegaan of dit verlies gerechtvaardigd is [...]". [89]

112. Bij de mondelinge behandeling legden de interveniërende lidstaten de nadruk erop dat de verblijfsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen binnen de bevoegdheid van de lidstaat vallen. De raadslieden van België en Denemarken betoogden dat Ruiz Zambrano een afgewezen asielzoeker is, die kort na zijn aankomst in 1999 werd bevolen het Belgische grondgebied te verlaten. Hij verbleef sindsdien geruime tijd illegaal en zou niet mogen profiteren van een recht van verblijf krachtens Unierecht. De raadsman van Ierland schilderde een dramatisch beeld van de immigratiegolf van onderdanen van derde landen die onvermijdelijk het gevolg zou zijn wanneer een van de Belgische nationaliteit van zijn kinderen afgeleid verblijfsrecht voor Ruiz Zambrano zou worden erkend.

113. De raadsman van Ruiz Zambrano wees erop dat zijn cliënt bijna vijf jaar onafgebroken voor Plastoria had gewerkt. Gedurende die hele periode had hij de verschuldigde sociale-zekerheidsbijdragen betaald. Het onderzoek van de Belgische autoriteiten bij Plastoria had geen overtredingen aan het licht gebracht van aan zijn arbeid gerelateerde regelingen op het gebied van de belastingen, de sociale zekerheid en het arbeidsrecht. De enige problemen waren dat hij niet beschikte over een arbeidsvergunning en een verblijfsvergunning; tegen

88 — Arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punt 55).

89 — Arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64 punt 56).

zijn werkgever was geen actie ondernomen. Diego en Jessica werden verscheidene jaren na de binnenkomst van Ruiz Zambrano en zijn echtgenote met hun eerste kind in België geboren. Er waren geen aanwijzingen dat de uitbreiding van de familie met eerst Diego en vervolgens Jessica een cynische poging vormde om alle bestaande „mazen" die een verblijf in België mogelijk maakten, uit te buiten. Het was een authentiek gezin. Ruiz Zambrano was volledig in België geïntegreerd; zijn kinderen gingen normaal naar de plaatselijke school; hij had geen strafblad; hij had inmiddels zelfs een tijdelijke verlengbare verblijfsvergunning alsmede een arbeidsvergunning van het type C ontvangen.

114. Ik ben in wezen reeds ingegaan op het door de Ierse regering aangevoerde „sluisdeuren"-argument. Deze lidstaat is er na het arrest van het Hof in de zaak Chen e.a. zelf het bewijs van dat het een lidstaat vrijstaat om, wanneer bepaalde regels betreffende de verwerving van de nationaliteit ervan tot „onbeheersbare" resultaten kunnen — of lijken te kunnen — leiden, het probleem aan te pakken door deze regels te wijzigen.

115. Hiermee ben ik er niet op uit, de lidstaten aan te zetten tot xenofobie of hen aan te moedigen zich achter hun grenzen te verschansen en de Europese Unie in een veste („Fortress Europe") te veranderen. Dat zou waarlijk een afkeurenswaardige stap terug zijn — en bovendien in duidelijke tegenspraak met uitgesproken beleidsdoelstellingen.[90] Ik breng slechts in de herinnering, dat de regels inzake de toekenning van nationaliteit tot het exclusieve domein van de lidstaten behoren. De lidstaten kunnen echter niet, na zelf het concept van het „burgerschap van de Unie" in het leven te hebben geroepen, dezelfde ongebreidelde bevoegdheid uitoefenen met betrekking tot de *gevolgen* die het Unierecht verbindt aan het Unieburgerschap dat met de verwerving van de nationaliteit van een lidstaat gepaard gaat.

116. Met betrekking tot het feit dat Ruiz Zambrano België na de afwijzing van zijn asielaanvraag niet verlaten heeft, wijs ik erop dat hij tegen de desbetreffende bestuursrechtelijke

90 — Volgens de conclusies van de Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999 is „[d]e uitdaging [...] nu ervoor te zorgen dat de vrijheid, met inbegrip van het recht zich ongehinderd door de gehele Unie te verplaatsen, kan worden genoten in omstandigheden die veiligheid en toegang tot het recht voor allen waarborgen [...]. Deze vrijheid dient echter niet te worden beschouwd als het exclusieve domein van de eigen burgers van de Unie. Het bestaan ervan trekt velen van over de hele wereld aan die niet de vrijheid kunnen genieten die voor Unieburgers vanzelfsprekend is. Het zou tegen de tradities van Europa ingaan om zulke vrijheid te ontzeggen aan degenen die door hun omstandigheden ertoe gebracht worden legitiem om toegang tot ons grondgebied verzoeken" (punten 2 en 3). In dezelfde geest verzoekt de Europese Raad in het Europees pact inzake immigratie en asiel van 15-16 oktober 2008, de lidstaten „om de harmonieuze integratie te bevorderen van de migranten die uitzicht hebben op definitieve vestiging in het gastland; dit beleid, dat een reële inspanning van het gastland zal vergen, dient te stoelen op een evenwicht tussen de rechten van migranten (in het bijzonder toegang tot onderwijs, arbeid, veiligheid, en openbare en maatschappelijke dienstverlening) en hun plichten".

besluiten beroep heeft ingesteld en dat de desbetreffende rechterlijke procedures reeds lange tijd lopen. Ik breng voorts in herinnering, dat in het arrest Carpenter de onderdaan van het derde land (mevrouw Carpenter) de immigratiewetten van het Verenigd Koninkrijk had overtreden door na het verlopen van haar verblijfsvergunning als bezoeker het nationale grondgebied niet te verlaten. Het Hof behandelde dit niet als een onoverkomelijke hindernis voor haar latere aanspraken op rechten krachtens het Unierecht, en wees erop dat „op haar gedrag sedert haar aankomst in het Verenigd Koninkrijk in september 1994 [...] geen andere aanmerkingen [zijn] gemaakt die doen vrezen dat zij in de toekomst een gevaar voor de openbare orde en veiligheid oplevert". [91]

117. Daarentegen zijn in de onderhavige zaak, indien *geen* afgeleid recht van verblijf voor Ruiz Zambrano erkend zou worden, de gevolgen op de langere termijn voor Diego en Jessica tamelijk bitter. Zij kunnen hun recht om als burgers van de Unie te verblijven niet effectief uitoefenen zonder de hulp en bijstand van hun ouders. Hun verblijfsrecht zal derhalve, tot zij oud genoeg zijn om het zelfstandig uit te oefenen, bijkans zonder inhoud zijn (zoals het recht van Catherine Zhu zou zijn geweest zonder de voortgezette aanwezigheid in het Verenigd Koninkrijk van haar moeder, mevrouw Zhu).

91 — Arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 44).

118. Omwille van de volledigheid dien ik kort in te gaan op een ander argument waartoe de materie waarop de procedure voor de nationale rechter betrekking heeft, aanleiding geeft, namelijk het eventuele gevaar dat Ruiz Zambrano een „onredelijke belasting" voor de openbare middelen zou vormen.

119. In het arrest Baumbast [92] benadrukte het Hof dat de in artikel 21 VWEU bedoelde beperkingen en voorwaarden uitgaan van de gedachte dat de uitoefening van het verblijfsrecht van burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de legitieme belangen van de lidstaten. In dat verband mogen „degenen die het verblijfsrecht genieten, geen „onredelijke" belasting voor de algemene middelen van het gastland [...] vormen". [93] Het Hof oordeelde echter ook dat „[d]eze beperkingen en voorwaarden moeten [...] worden toegepast met inachtneming van de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt en overeenkomstig de algemene beginselen ervan, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel". [94] Met andere woorden: de ter zake vastgestelde nationale maatregelen moeten passend en noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken. [95]

92 — Aangehaald in voetnoot 40.

93 — Arrest Baumbast (aangehaald in voetnoot 40, punt 90).

94 — Arrest Baumbast (aangehaald in voetnoot 40, punt 91).

95 — Zie onder andere arrest van 2 augustus 1993, Allué e.a. (C-259/91, C-331/91 en C-332/91, Jurispr. blz. I-4309, punt 15), voorts arresten Chen e.a. (aangehaald in voetnoot 22, punt 32), en Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punt 56).

120. De nationale rechter zal bij zijn evenredigheidstoetsing in de onderhavige zaak in aanmerking moeten nemen dat Ruiz Zambrano bijna vijf jaar lang voor Plastoria heeft gewerkt, dat van zijn werkverband aangifte was gedaan bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, en dat hij de wettelijke socialezekerheidsbijdragen betaalde en zijn werkgever de overeenkomstige werkgeversbijdragen. Hij heeft in het verleden dus stelselmatig en regelmatig bijgedragen aan de openbare middelen van zijn gastland.

121. Naar mijn mening wijzen deze factoren erop dat niet-toekenning van een afgeleid verblijfsrecht in het onderhavige geval onevenredig zou zijn. Uiteindelijk ligt de beslissing echter bij de nationale rechter en nergens anders.

122. Ik concludeer derhalve dat de artikelen 20 en 21 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij een op het burgerschap van de Unie gebaseerd recht toekennen om op het grondgebied van de lidstaten te verblijven, dat niet afhankelijk is van het recht zich tussen de lidstaten te verplaatsen. Deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat een lidstaat weigert een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een familielid in de opgaande lijn van een burger van de Unie die een onderdaan is van de betrokken lidstaat en die zijn rechten van vrij verkeer nog niet heeft uitgeoefend, mits dat besluit beantwoordt aan het evenredigheidsbeginsel.

Vraag 2 — Omgekeerde discriminatie

123. Aan de orde is de vraag of artikel 18 VWEU kan worden ingeroepen teneinde omgekeerde discriminatie op te heffen die het gevolg is van de wisselwerking tussen Unierecht (hier: de bepalingen inzake het burgerschap van de Unie) en nationaal recht. Het probleem is als volgt. Als jonge kinderen (zoals Catherine Zhu) de nationaliteit van een andere lidstaat dan hun lidstaat van verblijf hebben verworven, is er, krachtens artikel 21 VWEU en het arrest van het Hof in de zaak Chen e.a., voor hun ouder(s) een afgeleid recht om in het gastland te verblijven. Diego en Jessica hebben de Belgische nationaliteit en wonen in België. Kan Ruiz Zambrano via een beroep op artikel 18 VWEU, dat — binnen de werkingssfeer van de Verdragen — „elke discriminatie op grond van nationaliteit" verbiedt, aanspraak maken op hetzelfde afgeleide verblijfsrecht?

124. Wanneer het Hof de redenering aanvaardt die ik met betrekking tot vraag 1 heb voorgesteld, wordt deze vraag overbodig. Wanneer het Hof mij hierin echter niet volgt, zal het nodig zijn te onderzoeken of artikel 18 VWEU kan worden ingeroepen om dit soort omgekeerde discriminatie op te heffen.

Een kritische blik op de huidige rechtspraak

125. In het arrest Baumbast [96] sprak het Hof uit dat artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) directe werking heeft, en niet-economisch actieve personen een opzichzelfstaand recht toekent zich vrij te verplaatsen. Daarmee heeft het de rechten van vrij verkeer uitgestrekt tot personen die niet rechtstreeks in verbinding staan met de economische werking van de interne markt, en zich derhalve niet op de „klassieke" vrij-verkeerrechten konden beroepen. Deze ontwikkeling vormde naar mijn mening een logisch uitvloeisel van de instelling van het burgerschap van de Unie en was als zodanig samenhangend en onvermijdelijk. Wilde de Europese Unie zich ontwikkelen tot meer dan een gerieflijk en doeltreffend raamwerk ter ontwikkeling van de handel, dan diende zij een geëigende rol weg te leggen voor degenen die zij besloten had haar „burgers" te gaan noemen. [97]

126. Die ontwikkeling had echter noodzakelijkerwijs een aantal andere consequenties.

127. Ten eerste werd het, vanaf het moment dat de lidstaten besloten het bestaande concept van nationaliteit uit te breiden met een nieuwe en aanvullende hoedanigheid van „burger van de Unie", onmogelijk om zulke personen te beschouwen als louter economische productiefactoren. Burgers zijn geen „bronnen" die worden aangewend voor de productie van goederen en diensten, maar individuen die verbonden zijn met een politieke gemeenschap en beschermd worden door fundamentele rechten. [98]

128. Ten tweede zijn burgers, ook wanneer zij zich verplaatsen, geen robots, maar mensen. Zij worden verliefd, trouwen en krijgen kinderen. Het gezin kan, al naar de omstandigheden, uitsluitend bestaan uit Unieburgers, of uit nauw met elkaar verbonden Unieburgers en onderdanen van derde landen. Wanneer familieleden niet op dezelfde wijze behandeld worden als de rechten van vrij verkeer uitoefenende Unieburger, verliest het concept van de vrijheid van verkeer iedere ware betekenis. [99]

96 — Aangehaald in voetnoot 40 (punten 82-84).

97 — Voor twee vroege, doordachte beschouwingen over de werkingssfeer en betekenis van een Europees burgerschap na Maastricht, zie S. O'Leary: *The Evolving Concept of Community Citizenship,* Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, en C. Closa: „The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review*, 1992, blz. 1137-1169.

98 — Met betrekking tot het belang van het Unieburgerschap en de banden van het individu met een politieke gemeenschap, zie het arrest Spanje/Verenigd Koninkrijk (aangehaald in voetnoot 40, punten 78 en 79).

99 — Zie arrest Carpenter (aangehaald in voetnoot 20, punt 39). Richtlijn 2004/38, hoewel niet van toepassing in het onderhavige geval, bepaalt in punt 5 van de considerans dat „[h]et recht van alle burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten [...], wil het bestaan onder objectieve voorwaarden van vrijheid en waardigheid, ook aan familieleden, ongeacht hun nationaliteit, [dient] te worden verleend".

129. Ten derde heeft de Europese Unie, door haar burgers grondrechten uit hoofde van het Unierecht toe te kennen en te verklaren dat zulke rechten de waarden zijn waarop de Unie berust (artikel 6, lid 1, VEU), zichzelf gecommitteerd aan het beginsel dat burgers die rechten van vrij verkeer uitoefenen dit doen onder de bescherming van die grondrechten. [100]

130. Ten vierde hebben de lidstaten met de ratificatie van het Verdrag van Maastricht en de latere wijzigingsverdragen aanvaard, omdat hun onderdanen tevens burgers van de Unie zijn, dat het omgaan met de spanningen en moeilijkheden die zich voordoen als gevolg van de uitoefening door die burgers van hun rechten van vrije verplaatsing, een gedeelde taak is. Hij rust op de afzonderlijke lidstaten, maar ook op de Europese Unie. [101]

131. Er bestaat enige wrijving tussen deze consequenties en de gedachte dat men wat betreft het burgerschap van de Unie maar liever gewoon de orthodoxe benadering moet volgen van het vrije verkeer van goederen en het vrije verkeer van werknemers, zelfstandigen en kapitaal.

132. Aan de economische fundamentele vrijheden ligt de gedachtegang ten grondslag dat door de opheffing van handelsbelemmeringen en bevordering van de mededinging een interne markt tot stand wordt gebracht. De instrumenten die het Verdrag biedt om de doelstellingen van de interne markt te bereiken (onder andere opgesomd in het huidige artikel 3 VEU) zijn dienovereenkomstig uitgebouwd door het Hof. Zo heeft het Hof onder andere criteria vastgesteld ter bepaling van het vereiste aanknopingspunt voor elke fundamentele vrijheid. Om een voorbeeld te noemen: sinds het arrest Dassonville [102] heeft zowel potentiële als daadwerkelijke fysieke verplaatsing een maatstaf gevormd voor het vrije goederenverkeer. Hoewel die specifieke rechtspraak niet vereist dat er een daadwerkelijke verplaatsing is geweest, is het idee van *verplaatsing* (al was het maar een hypothetische) toch datgene wat de sleutel vormt tot de door de fundamentele vrijheden toegekende rechten.

133. Die benadering van de interne markt leidt tot een risico dat „onbeweeglijke" productiefactoren in een minder gunstige positie komen te verkeren dan hun „beweeglijke" tegenhangers, ook al bevinden zij zich in alle andere opzichten in overeenkomstige of identieke omstandigheden. De uitkomst hiervan is omgekeerde discriminatie, ontstaan door de wisselwerking tussen het Unierecht en het nationale recht, en de oplossing van die discriminatie is door het Hof tot nu toe overgelaten aan de afzonderlijke lidstaten, niettegenstaande dat een dergelijke uitkomst de fumus boni iuris van een schending van het

100 — Zie arrest Metock e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punt 56).

101 — Zie arrest Rottmann (aangehaald in voetnoot 64, punten 41 en 42).

102 — Aangehaald in voetnoot 42.

beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit heeft. [103]

134. Is een dergelijke uitkomst vanuit Unierechtelijk oogpunt aanvaardbaar in de onderhavige specifieke context van het burgerschap van de Unie?

135. Aan de hand van een bespreking van drie recente zaken kan worden aangetoond dat voortgezette toepassing van deze traditionele benadering van non-interventie tot verbazend willekeurige resultaten leidt. [104]

136. Als gevolg van het arrest Carpenter [105] kan een zelfstandige die klanten heeft in andere lidstaten, terwille van de bescherming van zijn recht op een gezinsleven, aan zijn echtgenote met de nationaliteit van een derde lidstaat een afgeleid recht van verblijf doorgeven. Wanneer dezelfde zelfstandige alleen klanten heeft in zijn eigen lidstaat, is het Unierecht niet relevant. Maar vandaag de dag is het, juist vanwege het succes van de interne markt, problematisch om een zo heldere scheidslijn tussen zelfstandigen met belangen in een andere lidstaat en zelfstandigen met uitsluitend belangen in hun eigen lidstaat te trekken. De heer Carpenter reisde bij gelegenheid naar andere lidstaten om tijdschriftreclames te verkopen. Stel dat hij zich niet lichamelijk had verplaatst, maar toch bij gelegenheid, telefonisch of over het internet, diensten had verleend aan klanten in andere lidstaten? Stel dat zich bij gelegenheid onder zijn klanten binnen het Verenigd Koninkrijk dochterondernemingen van Duitse of Franse moederondernemingen bevonden? Stel dat hij bij één enkele gelegenheid reclameruimte in een tijdschrift had verkocht aan een klant die niet uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd?

137. In het arrest Chen e.a. [106] verkreeg de Chinese moeder van Catherine Zhu een afgeleid recht van verblijf wegens haar dochters Ierse nationaliteit, die was verkregen door toepassing van de extraterritoriale regel die toentertijd deel uitmaakte van het nationaliteitsrecht van die lidstaat. De hele

103 — Zie onder andere arresten van 13 maart 1979, Peureux (86/78, Jurispr. blz. 897, punt 38); 23 oktober 1986, Cognet (355/85, Jurispr. blz. 3231, punten 10 en 11), en 18 februari 1987, Mathot (98/86, Jurispr. blz. 809, punt 7), en arresten Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (aangehaald in voetnoot 18, punt 33), en Metock e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punt 77). Advocaten-generaal hebben hierover verschillende standpunten ingenomen: zie de conclusies van advocaat-generaal Léger in de zaak Granarolo (C-294/01, arrest van 13 november 2003, Jurispr. blz. I-13429), punten 78 e.v.; advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Carbonati Apuani (arrest aangehaald in voetnoot 44), punten 51 e.v. en mijzelf in de zaak Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (arrest aangehaald in voetnoot 18), punten 112 e.v.

104 — Voor een kritische analyse zie onder andere, A. Tryfonidou: *Reverse discrimination in EC Law,* Kluwer Law International, Den Haag, 2009; E. Spaventa: *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context,* Kluwer Law International, Den Haag, 2007**;** C. Barnard: *EC Employment Law*, 3e druk, Oxford, OUP, 2006, blz. 213 en 214; N. Nic Shuibhne: „Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?", *Common Market Law Review*, 2002, blz. 748 en C. Ritter: „Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234", *31 European Law Review*, 2006.

105 — Aangehaald in voetnoot 20.

106 — Aangehaald in voetnoot 22.

„verplaatsing" in die zaak bestond uit de oversteek van het Sint-Georgekanaal, tussen Engeland en Noord-Ierland, binnen dezelfde lidstaat (het Verenigd Koninkrijk). Er bestond echter voldoende aanknoping met het Unierecht om moeder en dochter beiden in staat te stellen rechten tot verblijf in het Verenigd Koninkrijk geldend te maken. Dit werd enkel bereikt door ervoor te zorgen dat Catherine Zhu werd geboren in Noord-Ierland. Maar zou het wel een kwestie van historisch bepaald toeval moeten zijn (de extraterritoriale regel in de wetgeving van één lidstaat) of in dergelijke omstandigheden een beroep kan worden gedaan op het Unierecht? Is dat een redelijke uitkomst in termen van rechtszekerheid en gelijke behandeling van burgers van de Unie?

138. Het recente arrest Metock e.a. is een goede illustratie van die onzekerheid, en van de daaruit voortvloeiende discriminatie. In 2003 oordeelde de Grote kamer van het Hof in het arrest Akrich, dat om „aanspraak te kunnen maken op de rechten bedoeld in artikel 10 van verordening (EEG) nr. 1612/68 [van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 12)], de onderdaan van een derde land die gehuwd is met een burger van de Unie, wettig in een lidstaat verblijf [moet] houden wanneer hij zich begeeft naar een andere lidstaat, waarnaar de burger van de Unie emigreert of is geëmigreerd".[107] Vijf jaar later oordeelde het Hof dat, in het licht van de arresten BRAX[108] en Commissie/Spanje[109], het arrest Akrich diende te worden herzien. En dat gebeurde: inmiddels kan het genot van dergelijke rechten niet afhangen van een eerder legaal verblijf van een echtgenoot met de nationaliteit van een derde land in een andere lidstaat. Het Hof bleef desalniettemin een scheidslijn trekken tussen burgers van de Unie die al gebruik hadden gemaakt van hun rechten van vrije verplaatsing en degenen die dat niet hadden gedaan, waarbij het kort in herinnering bracht dat alle lidstaten het EVRM ondertekend hadden en dat artikel 8 van dat verdrag het recht op eerbiediging van het gezinsleven beschermt.[110] „Onbeweeglijke" burgers van de Unie moesten derhalve de eventuele consequenties van omgekeerde discriminatie blijven ondergaan, terwijl de rechten van „beweeglijke" burgers van de Unie aanzienlijk werden uitgebreid.

Een voorstel

139. Naar mijn mening zijn aan de huidige denkwijze van het Hof aanzienlijke nadelen verbonden. Ik geloof derhalve dat de tijd gekomen is, om het Hof in overweging te geven

107 — Arrest Akrich (aangehaald in voetnoot 24, punt 50), samengevat in het arrest Metock e.a., punt 58.

108 — Aangehaald in voetnoot 21.

109 — Aangehaald in voetnoot 24.

110 — Zie arrest Metock e.a. (aangehaald in voetnoot 24, punten 77-79).

het vraagstuk van omgekeerde discriminatie openlijk tegemoet te treden. Mijn argumenten volgen de lijn die ik naar voren heb gebracht in de zaak Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon; maar ik zal me eraan wagen, in de specifieke context van zaken betreffende aan artikel 21 VWEU ontleende burgerschapsrechten, criteria voor te stellen die gebruikt kunnen worden om uit te maken of artikel 18 VWEU zelf kan worden ingeroepen om dergelijke discriminatie tegen te gaan.

140. Een radicale wijziging van de volledige rechtspraak inzake omgekeerde discriminatie vindt niet van de ene op de andere dag plaats. Dat sta ik ook niet voor. Ik beperk mijn voorstellen tot gevallen die betrekking hebben op het burgerschap van de Unie. Dit is het gebied waar de huidige rechtspraak het duidelijkst schadelijke resultaten heeft, en waar een verandering wellicht het hardst nodig is.

141. De zaken die ik zojuist heb besproken (Carpenter, Chen e.a. en Metock e.a.) hebben twee kenmerken met elkaar gemeen. Zij scheppen rechtsonzekerheid op een voor zowel Unierecht als nationaal recht delicaat gebied, en het zijn zaken waarin het Hof gekozen heeft voor een ruimhartige uitlegging van artikel 21 VWEU ten behoeve van de bescherming van grondrechten. Op zoek naar het evenwicht tussen rechtszekerheid en de bescherming van grondrechten, heeft het Hof aldus stelselmatig voorrang gegeven aan het laatste. Het redeneert daarbij op een wijze die in overeenstemming is met de kiem die het heeft gelegd in zijn oudere uitspraak dat het burgerschap van de Unie „de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten [dient] te zijn". [111]

142. De onzekerheid die deze rechtspraak in het leven heeft geroepen is echter ongewenst. Welke richting dient het Hof nu dus in te slaan?

143. Enerzijds dient de verleiding weerstaan te worden om artikel 21 VWEU „op te rekken" teneinde de bescherming uit te strekken tot degenen die daarvoor „net" niet in aanmerking komen. Elke regel die een recht verleent moet zijn grenzen hebben. Bij ontbreken van die grenzen valt de regel niet meer te ontcijferen en kan niemand met zekerheid zeggen wie er wel en wie er niet van kunnen profiteren. Dat is noch in het belang van de lidstaten noch in dat van de burger, en ondergraaft het gezag van het Hof. Anderzijds zal een te beperkte uitlegging van artikel 21 VWEU tot meer situaties van omgekeerde discriminatie leiden waarvoor de lidstaten een oplossing zullen moeten zien te vinden. Dat lijkt evenmin een bijzonder bevredigende uitkomst.

111 — Zie de rechtspraak aangehaald in voetnoot 40.

144. Ik geef het Hof derhalve in overweging artikel 18 VWEU aldus uit te leggen dat omgekeerde discriminatie, ontstaan door de wisselwerking tussen artikel 21 VWEU en nationaal recht, die gepaard gaat met een schending van een grondrecht dat onder de bescherming van het Unierecht valt, verboden is wanneer het nationale recht niet ten minste een gelijkwaardige bescherming biedt.

145. Wanneer een dergelijke benadering zou worden gevolgd, zou artikel 18 VWEU toepassing vinden wanneer (en enkel wanneer) aan drie cumulatieve voorwaarden was voldaan.

146. Ten eerste zou bescherming alleen openstaan voor een burger van de Unie die verblijf houdt in zijn lidstaat van nationaliteit en geen gebruik had gemaakt van zijn verplaatsingsrechten krachtens het VWEU (hetzij een klassiek economisch recht van vrij verkeer, of van vrije verplaatsing krachtens artikel 21 VWEU), wiens situatie echter in andere materiële opzichten vergelijkbaar was met die van andere burgers van de Unie in dezelfde lidstaat die wel rechten uit hoofde van artikel 21 VWEU geldend konden maken. De omgekeerde discriminatie waarover wordt geklaagd, zou dus moeten zijn *veroorzaakt* door het feit dat de maatstaf van vergelijking (andere burgers van de Unie) wel rechten geldend kon maken uit hoofde van artikel 21 VWEU, terwijl een „onbeweeglijke" burger van de Unie, wonend in zijn lidstaat van nationaliteit, aan zijn nationale recht op het eerste zicht niet zodanige bescherming kon ontlenen.

147. Ten tweede zou de omgekeerde discriminatie waarover wordt geklaagd, gepaard dienen te gaan met een schending van een grondrecht dat wordt beschermd door Unierecht. Niet elk luttel geval van omgekeerde discriminatie zou bestreden kunnen worden met artikel 18 VWEU. Wat „schending van een grondrecht" uitmaakt, zou waar mogelijk dienen te worden gedefinieerd aan de hand van de rechtspraak van het Straatsburgse Hof. [112] Waar omgekeerde discriminatie leidt tot een resultaat dat door het Straatsburgse Hof zou worden aangemerkt als schending van een beschermd recht, zou het dienovereenkomstig door ons Hof worden aangemerkt als schending van een beschermd recht. Het recht van de Europese Unie zou op deze wijze de verantwoordelijkheid op zich nemen voor het ongedaan maken van de consequenties van omgekeerde discriminatie die wordt veroorzaakt door de wisselwerking tussen Unierecht en nationaal recht wanneer (maar alleen wanneer) deze consequenties onverenigbaar zijn met de door het EVRM vastgestelde minimumnormen van bescherming. Door alzo in dergelijke omstandigheden een doeltreffende grondrechtenbescherming op minimaal „Straatsburgs" niveau te waarborgen, zou het Hof gedeeltelijk vooruitlopen op de eisen die wellicht zullen voortvloeien uit de geplande toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Een dergelijke ontwikkeling kan de bestaande geest van samenwerking en wederzijds vertrouwen tussen de beide

112 — Voor zover een beroep wordt gedaan op door het Handvest gewaarborgde grondrechten die geen weerspiegeling zijn van EVRM-rechten, zou de ontwikkeling van een afzonderlijke rechtspraak noodzakelijk zijn; dit zal waarschijnlijk echter in ieder geval plaatsvinden binnen de reguliere context van het Unierecht.

rechterlijke instanties alleen maar ten goede komen. [113]

148. Ten derde zou op artikel 18 VWEU slechts kunnen worden teruggevallen in situaties waarin het nationale recht geen afdoende grondrechtbescherming biedt. Het Unierecht heeft een rijke geschiedenis wat betreft de verlening van bescherming van subsidiaire aard. Zo zijn de beginselen van doeltreffendheid [114] en gelijkwaardigheid [115], het recht op effectieve rechterlijke bescherming [116] en het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade als gevolg van schendingen van het Unierecht [117] allemaal instrumenten die pas ten tonele verschijnen wanneer de nationale regels tekortschieten. Deze laatste voorwaarde dient ertoe een gepast evenwicht te bewaren tussen de autonomie van de lidstaten en het „nuttig effect" van Unierecht. [118] Zij vormt een waarborg dat subsidiaire bescherming uit hoofde van het Unierecht het nationale recht aanvult, in plaats van bruut erover heen te walsen. Het zou aan de nationale rechter staan om uit te maken a) of het nationale recht bescherming zou kunnen bieden en b) indien dit in beginsel mogelijk zou zijn, of die bescherming dan ten minste gelijkwaardig was aan de bescherming krachtens het Unierecht.

149. Ter terechtzitting gaf de raadsman van Ruiz Zambrano aan, dat de Belgische Raad van State en het Grondwettelijk Hof recentelijk uitspraak hebben gedaan over de

113 — Deze samenwerkingstaak wordt het Hof impliciet opgedragen bij artikel 52, lid 3, van het Handvest van de grondrechten, dat luidt: „Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt." De behoefte die in de praktijk bestaat aan een actieve opstelling van het Hof in de bevordering van minimale „Straatsburgse" maatstaven, is geschetst door, onder anderen, R. Alonso: „The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Law Journal*, 8 2002, blz. 450 e.v., en A. Torres Pérez: *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, blz. 31 e.v.

114 — Zie onder andere arresten van 14 december 1993, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 14), en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 123).

115 — Zie onder andere arresten van 15 september 1998, Edis (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punt 36), en 1 december 1998, Levez (C-326/96, Jurispr. blz. I-7835, punt 41).

116 — Zie onder andere arresten van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18), en 27 november 2001, Commissie/Oostenrijk (C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45).

117 — Zie onder andere arresten van 19 november 1991, Francovich en Bonifaci (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 35); 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 31), en 24 maart 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Jurispr. blz. I-2119, punt 19).

118 — Het is helaas niet zo dat nationale rechters gevallen van omgekeerde discriminatie als gevolg van het Unierecht immer en altijd aanpakken en opheffen. In zijn arrest Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon, aangehaald in voetnoot 18, nodigde het Hof de nationale rechter openlijk uit om het verschil in behandeling waar degenen die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vielen, het slachtoffer van waren, te verhelpen (punt 40). De zaak kwam vervolgens voor het Belgische Grondwettelijk Hof, dat verzuimde om op de kwestie in te gaan (zie arrest 11/2009 van 21 januari 2009 en de kritische bespreking door P. van Elsuwege en S. Adam: „The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination", *European Constitutional Law Review*, 5 2009, blz. 327 e.v.). Voor een meer bemoedigend voorbeeld van een nationale hoogste rechter met de bereidheid om omgekeerde discriminatie aan te pakken (zij het zonder per se te putten uit een verwant arrest van het Hof in een prejudiciële procedure), zie de uitspraak van het Spaanse Grondwettelijk Hof (arrest 96/2002 van 25 april 2002).

omgekeerde discriminatie van een onderdaan van een niet-lidstaat die in een vergelijkbare situatie verkeerde als zijn cliënt. [119] Het staat natuurlijk geheel aan de nationale rechter om in het onderhavige geval vast te stellen of Ruiz Zambrano de bescherming die hij nodig heeft aan het nationale recht kan ontlenen, zonder zijn toevlucht te nemen tot artikel 18 VWEU. Volgens mijn voorstel, zou het de taak van de nationale rechter blijven om de drie door mij gesuggereerde cumulatieve criteria toe te passen, en slechts toe te staan dat een beroep op Unierecht wordt gedaan om omgekeerde discriminatie te voorkomen, wanneer aan deze criteria werd voldaan.

150. Ik geef het Hof derhalve in overweging op de tweede vraag te antwoorden dat artikel 18 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat omgekeerde discriminatie, ontstaan door de wisselwerking tussen artikel 21 VWEU en het nationale recht, die gepaard gaat met een schending van een grondrecht dat onder de bescherming van het Unierecht valt, verboden is wanneer het nationale recht niet ten minste een gelijkwaardige bescherming biedt.

Vraag 3 — Grondrechten

151. Zo het Hof zou oordelen dat zowel de eerste als de tweede vraag (zoals hierboven weergegeven) dient te worden beantwoord op een voor Ruiz Zambrano onbehulpzame wijze, moet de derde vraag worden onderzocht. Komt verzoeker een zelfstandig beroep toe op het grondrecht van de Unie op bescherming van zijn gezinsleven, los van enige andere bepaling van Unierecht?

152. Dit werpt een zeer belangrijke beginselkwestie op: wat is het toepassingsbereik van grondrechten in het Unierecht? Kunnen zij tegenover een lidstaat als opzichzelfstaande rechten worden ingeroepen? Of moet er nog een andere aanknoping zijn met het Unierecht? Er hoeft niet lang stil te worden gestaan bij het potentiële gewicht van het antwoord op die vraag.

153. Het Hof zelf was, uiteraard, verantwoordelijk voor de vroege erkenning van fundamentele rechtsbeginselen en grondrechten binnen de rechtsorde van de Europese Unie. [120] In 1992 werden de vruchten van die rechtspraak opgenomen in het Verdrag inzake de Europese Unie, met de invoering (in artikel 6 EU) van een verplichting voor de Unie om de grondrechten te eerbiedigen.

154. Door de jaren heen heeft de Unie haar beleid inzake grondrechten kracht bijgezet, (bijvoorbeeld) door de instelling van een

119 — Zie het in voetnoot 17 aangehaalde arrest.

120 — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Jurispr. blz. 1125); 14 mei 1974, Nold/Commissie (4/73, Jurispr. blz. 491); 13 december 1979, Hauer (44/79, Jurispr. blz. 3727), en 21 september 1989, Hoechst/Commissie (46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859).

Bureau voor de grondrechten [121] en van een zelfstandige portefeuille binnen de Commissie belast met grondrechten [122], de ondersteuning van humanitaire projecten over de hele wereld [123] en de omzetting van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, voor het eerst afgekondigd in 2000, van een niet-bindende tekst („soft law") in primair recht. [124] Grondrechten zijn dus een centraal element geworden in de ontwikkeling van de Unie als een proces van economische, juridische en sociale integratie, dat erop is gericht al haar burgers vrede en welvaart te verschaffen.

155. Het is natuurlijk zo dat het Hof van Justitie als zodanig geen „mensenrechtenhof" is. Als hoogste instantie voor de uitlegging van het Unierecht, heeft het Hof niettemin een blijvende verantwoordelijkheid om de eerbiediging van zulke rechten binnen de bevoegdheidssfeer van de Unie te verzekeren. In zijn arrest in de zaak Bosphorus [125] heeft het Straatsburgse Hof zelfs aangegeven dat het Hof van Justitie een wezenlijke rol toekomt als bewaker van de rechten die voortvloeien uit het EVRM en de daarbij behorende protocollen zoals deze van toepassing zijn op door het Unierecht beheerste aangelegenheden — een functie die alleen maar in belang kan toenemen zodra de Europese Unie toetreedt tot het EVRM. [126] Om die reden is het essentieel dat het Hof een uitlegging van de Verdragen verzekert die de huidige rol en het belang van de grondrechten van de Unie op samenhangende wijze weerspiegelt.

De werkingssfeer van de grondrechten van de Unie

156. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een beroep worden gedaan op grondrechten van de Unie wanneer (en enkel wanneer) de bestreden maatregel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. [127] Alle door de instellingen vastgestelde maatregelen kunnen derhalve worden getoetst op hun

121 — Zie verordening (EG) nr. 168/2007 van de Raad van 15 februari 2007 tot oprichting van een Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (PB L 53, blz. 1) en besluit 2008/203/EG van de Raad van 28 februari 2008 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 168/2007, wat de vaststelling van een meerjarenkader voor het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten voor 2007-2012 betreft (PB L 63, blz. 14).

122 — Voor de eerste maal is een der huidige vicevoorzitters van de Commissie Commissaris voor Justitie, Grondrechten en Burgerschap.

123 — Zie onder andere verordening (EG) nr. 1257/96 van de Raad van 20 juni 1996 betreffende humanitaire hulp (PB L 163, blz. 1) en verordening (EG) nr. 1889/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 tot instelling van een financieringsinstrument voor de bevordering van democratie en mensenrechten in de wereld (PB L 386, blz. 1).

124 — Artikel 6, lid 1, VEU kent thans aan de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest „dezelfde juridische waarde als de Verdragen" toe.

125 — Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Ierland, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI.

126 — Zie artikel 6, lid 2, VEU en Protocol nr. 8 betreffende artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

127 — Arrest van 28 oktober 1975, Rutili (36/75, Jurispr. blz. 1219, punt 26); arrest Johnston (aangehaald in voetnoot 116, punten 17-19), en arrest van 15 oktober 1987, Heylens e.a. (222/86, Jurispr. blz. 4097, punten 14 en 15).

verenigbaarheid met de grondrechten van de Unie. Hetzelfde geldt voor de lidstaten bij de uitvoering van unierechtelijke verplichtingen of, meer algemeen, verplichtingen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen. [128] Het is duidelijk dat dit een delicate aangelegenheid is [129], aangezien het de bescherming van de grondrechten van de Unie binnen de sfeer van de afzonderlijke lidstaten brengt, waar deze naast de in het nationale recht of in het EVRM verankerde maatstaven van grondrechtenbescherming bestaat. De hierdoor opgeroepen vraagstukken inzake elkaar overlappende beschermingsniveaus onder de diverse rechtstelsels (Unierecht, nationaal constitutioneel recht en het EVRM), alsmede het niveau van de door Unierecht gewaarborgde grondrechtenbescherming zijn welbekend [130]; ik zal hier derhalve niet verder erop ingaan.

157. Het Hof heeft een overvloedige rechtspraak ontwikkeld waarin het zijn aanvankelijke uitspraak in het arrest Wachauf [131] dat „eisen [inzake grondrechten] de lidstaten ook bij de uitvoering van [Unie] regelingen binden" bevestigt. Een belangrijke ontwikkeling was dat die regel eveneens van toepassing werd geacht wanneer een lidstaat afwijkt van een fundamentele economische vrijheid die wordt gewaarborgd door het Unierecht. [132] In het arrest Carpenter [133] ging het Hof nog verder, daarbij voortbouwend op zijn rechtspraak met betrekking tot het zogenaamde „cold calling" in het arrest Alpine Investments [134], om de fundamentele rechten te beschermen van een Unieburger (Carpenter), die verblijf hield in zijn eigen lidstaat maar bij gelegenheid diensten verstrekte aan ontvangers in andere lidstaten. De erkenning dat de uitzetting van mevrouw Carpenter een onevenredige inmenging zou betekenen in het recht van Carpenter op een gezinsleven, had tot gevolg dat mevrouw Carpenter — een onderdaan van een derde land die onmogelijk Unierechten van vrij verkeer had kunnen uitoefenen — een verblijfsrecht verkreeg.

158. Het Hof heeft echter grenzen gesteld aan het bereik van grondrechten van de Unie, in het bijzonder met betrekking tot situaties

128 — Zie onder andere arresten van 25 november 1986, Klensch e.a. (201/85 en 202/85, Jurispr. blz. 3477, punten 10 en 11); 13 juli 1989, Wachauf (5/88, Jurispr. blz. 2609, punt 22); 24 maart 1994, Bostock (C-2/92, Jurispr. blz. I-955, punt 16), en 10 juli 2003, Booker Aquaculture en Hydro Seafood (C-20/00 en C-64/00, Jurispr. blz. I-7411, punt 68).

129 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, Jurispr. blz. I-69, punten 15 en 16).

130 — Zie onder andere de uitspraken van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 29 mei 1974, bekend als Solange I (2 BvL 52/71), en van 22 oktober 1986, bekend als Solange II (2 BvR 197/83); het arrest van de Italiaanse Corte costituzionale van 21 april 1989 (No 232, Fragd, in *Foro it.*, 1990, I, 1855); de verklaringen van het Spaanse Tribunal Constitucional van 13 december 2004 (DTC 1/2004), en het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Bosphorus, aangehaald in voetnoot 125.

131 — Aangehaald in voetnoot 128, punt 19.

132 — Zie onder andere arresten van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punten 42 e.v.); 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 75), en 14 oktober 2004, Omega (C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punten 30 en 31).

133 — Aangehaald in voetnoot 20, punten 43 en 44.

134 — Aangehaald in voetnoot 52.

die volgens het Hof buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen.

159. Zo stond in het arrest Maurin [135] de gelijknamige verdachte terecht ter zake van de verkoop van levensmiddelen waarvan de uiterste consumptiedatum was verstreken. Hij voerde aan dat zijn rechten van verdediging tijdens de nationale procedure geschonden waren. Het Hof zette uiteen dat, hoewel er een richtlijn was op grond waarvan op levensmiddelen een uiterste verkoopdatum moest worden aangegeven, de richtlijn geen regeling gaf voor de verkoop van levensmiddelen die wél voldeden aan de etiketteringsvoorschriften, maar waarvan de uiterste consumptiedatum was verstreken. Bijgevolg betrof het aan Maurin ten laste gelegde strafbaar feit „een nationale regeling die buiten het toepassingsgebied van het [Unie]recht valt, zodat het Hof niet bevoegd [was] zich uit te spreken over een eventuele schending van de beginselen van bescherming van de rechten van de verdediging en eerbiediging van het recht van hoor en wederhoor door op een dergelijk strafbaar feit toepasselijke procedurevoorschriften". [136]

160. In het arrest Kremzow [137] wees het Hof eveneens de vorderingen af van een in Oostenrijk veroordeelde onderdaan van Oostenrijk, wiens berechting in hoger beroep later door het Straatsburgse Hof in strijd werd geacht met het recht op een eerlijk proces onder artikel 6 van het EVRM. Kremzow vorderde schadeloosstelling en betoogde dat zijn onwettige detentie zijn recht op vrij verkeer uit hoofde van het Unierecht had geschonden. Het Hof wees deze benadering van de hand, met de woorden dat „ofschoon elke vrijheidsberoving de uitoefening door de betrokkene van zijn recht op vrij verkeer belemmert, het louter hypothetisch vooruitzicht van deze uitoefening geen toereikende band met het [Unie]recht vormt om toepassing van de [Unie]voorschriften te rechtvaardigen". [138]

161. Het arrest Kremzow voorziet de oudere rechtspraak echter van een belangrijke toelichting. Na te hebben onderstreept dat de vordering hypothetisch was, overwoog het Hof dat „Kremzow wegens moord en onwettig vuurwapenbezit [was] veroordeeld op basis van bepalingen van nationaal recht, die niet bedoeld waren ter verzekering van de naleving van bepalingen van [Unie]recht. Derhalve heeft de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling betrekking op een situatie die niet binnen het toepassingsgebied van het [Unie]recht valt". [139] A contrario lijkt hieruit te volgen dat een aanknoping met het Unierecht gevonden *had* kunnen worden wanneer de strafbare feiten verband hielden met een beleidsgebied

135 — Arrest van 13 juni 1996, Maurin (C-144/95, Jurispr. blz. I-2909).

136 — Arrest Maurin (aangehaald in de vorige voetnoot, punten 12 en 13).

137 — Arrest van 29 mei 1997 (C-299/95, Jurispr. blz. I-2629, punt 15).

138 — Arrest Kremzow (aangehaald in de vorige voetnoot, punt 16).

139 — Arrest Kremzow (aangehaald in voetnoot 137, punten 17 en 18).

van de Unie (bijvoorbeeld indien zij waren ingesteld teneinde de naleving te verzekeren van een in secundaire Uniewetgeving neergelegde doelstelling van Unierecht). [140]

162. Is het specifieke rechtsgebied en de omvang van de bevoegdheid van de Unie in dat rechtsgebied van belang voor het vraagstuk van de grondrechten? Dit lijkt een belangrijke vraag te zijn. De wens om een geëigende bescherming van grondrechten te bevorderen moet niet leiden tot een toe-eigening van bevoegdheden. Zolang de bevoegdheden van de Europese Unie gebaseerd blijven op het beginsel van attributie, moeten de grondrechten van de Unie de grenzen van die toedeling eerbiedigen. [141]

163. Terwille van de transparantie en de helderheid dient men met zekerheid te kunnen vaststellen wat bedoeld wordt met „de werkingssfeer van het Unierecht" voor de doelstellingen van de bescherming van grondrechten van de Unie. Naar mijn mening zou de duidelijkste regel uiteindelijk een regel zijn die de beschikbaarheid van grondrechtenbescherming onder Unierecht niet liet afhangen van de rechtstreekse werking van een Verdragsbepaling of de vaststelling van secundaire wetgeving, maar van *het bestaan en de reikwijdte van een materiële Uniebevoegdheid.* Om het anders te formuleren: de regel zou zijn dat zodra er een (uitsluitende of gedeelde) Uniebevoegdheid in een bepaald rechtsgebied was, de grondrechten van de Unie de Unieburger zouden moeten beschermen *zelfs wanneer die bevoegdheid nog niet was uitgeoefend*.

164. Waarom stel ik dit voor?

165. De lidstaten hebben de Europese Unie bevoegdheden toebedeeld die haar de macht geven regelingen vast te stellen die voorrang hebben boven het nationale recht en rechtstreeks kunnen werken. Het logische uitvloeisel daarvan dient te zijn dat, wanneer die macht eenmaal is gegeven, de Europese Unie zowel de bevoegdheid als de verantwoordelijkheid heeft voor de waarborging van de grondrechten, ongeacht of de bedoelde macht werkelijk is uitgeoefend. De Europese Unie berust op de waarden „eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten". [142] Die waarborg in het

140 — Zie arrest Commissie/Raad (C-176/03, Jurispr. blz. I-7879).

141 — Zie onder andere arresten van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 83); 3 september 2008, Kadi/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 203); 30 april 2009, Italië/Parlement (C-393/07 en C-9/08, Jurispr. blz. I-3679, punt 67), en 1 oktober 2009, Commissie/Raad (C-370/07, Jurispr. blz. I-8917, punt 46).

142 — Artikel 2 VEU. Zijn voorloper, artikel 6, lid 1, EU, verklaarde dat „[d]e Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben".

Verdrag behoort niet afhankelijk te worden gesteld van de uitoefening van wetgevende bevoegdheid. In een Europese Unie die berust op fundamentele rechten en de regels van de rechtsstaat, mag bescherming niet afhangen van het wetgevingsinitiatief van de instellingen of van de politieke besluitvorming. Een dergelijke voorwaardelijke bescherming van rechten is de antithese van de wijze waarop hedendaagse democratieën de macht van de staat legitimeren. [143]

166. Aan een dergelijke benadering zou een aantal voordelen zijn verbonden.

167. In de eerste plaats wordt ontkomen aan de noodzaak om fictieve of hypothetische „aanknopingen met het Unierecht" te creëren of te bevorderen, van het soort die in het verleden soms verwarring hebben geschept over de werkingssfeer van Verdragsbepalingen en deze mogelijk hebben opgerekt. Iemand die rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend, zou geen verband hoeven aan te tonen tussen het later ingeroepen grondrecht, dat dit vrije verkeer bevordert. [144] Iemand die zulke rechten nog niet heeft uitgeoefend, zou niet genoodzaakt worden dat te gaan doen teneinde de omstandigheden te creëren waarin hij grondrechtenbescherming kon genieten [145] (de vrijheid om zich te verplaatsen om diensten te ontvangen leent zich van alle vier vrijheden in dit verband wellicht het meest hiervoor). Er zou dan geen sprake meer zijn van omgekeerde discriminatie van onderdanen van een lidstaat die het gevolg is van de bescherming van grondrechten van de Unie die aan hun medeburgers van de Unie en aan medeonderdanen die *wel* rechten van vrije verplaatsing hadden uitgeoefend, wordt toegekend. [146] Er zou, in de toekomst, geen discrepantie meer zijn (wat de bescherming van grondrechten van de Unie betreft), tussen volledig en gedeeltelijk geharmoniseerd beleid. In termen van rechtszekerheid zou dit een aanzienlijke vooruitgang zijn.

168. In de tweede plaats houdt een dergelijke benadering de Europese Unie binnen de grenzen van haar bevoegdheden. Bescherming van grondrechten krachtens Unierecht zou alleen aan de orde zijn wanneer de omstandigheden die tot het inroepen van die bescherming aanleiding zijn, binnen de uitsluitende of gedeeltelijke bevoegdheid van

143 — J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, boek II, hoofdstuk II.

144 — De arresten Singh, aangehaald in voetnoot 50, Cowan, aangehaald in voetnoot 72, en Carpenter, aangehaald in voetnoot 20, verschaffen alle voorbeelden van omstandigheden waar geen bijzonder rechtstreeks verband bestond tussen het vrije verkeer en de grondrechten/door Unierecht verleende extra bescherming. Ik trek op geen enkele wijze, vanuit een oogpunt van de rechtsbescherming, de juistheid in twijfel van de door het Hof in die drie zaken bereikte beslissing. Ik beoog slechts de aandacht te vestigen op hoe ragfijn de verbinding soms is waarop die bescherming werd gestoeld.

145 — In de zaak Akrich, aangehaald in voetnoot 24, waren de heer en mevrouw Akrich tijdens hun gesprek met de bevoegde nationale autoriteiten heel open over het feit dat zij naar Ierland was gegaan om daar tijdelijk werk aan te nemen, zodat zij weer met haar echtgenoot naar het Verenigd Koninkrijk kon terugkeren om een toegangsrecht voor hem geldend te maken op grond van het gemeenschapsrecht.

146 — Zie arrest Gouvernement de la Communauté française en gouvernement wallon (aangehaald in voetnoot 18).

de Unie vallen. [147] De aard van de betrokken bevoegdheid zou van belang zijn voor de vaststelling van de juiste draagwijdte van de bescherming. In het geval van gedeelde bevoegdheid neigt reeds de omstandigheid dat ervoor gekozen is de bevoegdheid te delen, er impliciet toe dat grondrechtenbescherming krachtens het Unierecht aanvullend zou zijn ten opzichte van die van het nationale recht. [148] (Dit weerspiegelt de benadering die ik hierboven heb voorgesteld ten aanzien van omgekeerde discriminatie.)

169. Ten derde, wanneer erkend zou zijn dat grondrechten krachtens het Unierecht gewaarborgd zijn in alle gebieden van gedeelde of exclusieve bevoegdheid van de Unie, zou dit de lidstaten wellicht aanmoedigen om werk te maken van secundaire Uniewetgeving op bepaalde bijzonder gevoelige gebieden (zoals het vreemdelingenrecht of het strafrecht), die een passende definitie van de exacte reikwijdte van grondrechten van de Unie zou *omvatten*, in plaats van het aan het Hof over te laten de problemen inzake grondrechten op een ad-hocbasis op te lossen, wanneer deze voor de rechter komen.

170. Ten vierde zou een dergelijke definitie van de werkingssfeer van grondrechten van de Unie goed aansluiten bij de volledige implicaties van het burgerschap van de Unie, dat „de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten [dient] te zijn". [149] Een dergelijke hoedanigheid spoort slecht met de indruk dat grondrechtenbescherming onvolledig en verbrokkeld is, dat deze ervan afhankelijk is of een relevante bepaling van materieel recht rechtstreekse werking heeft, dan wel of de Raad en het Europees Parlement gebruik hebben gemaakt van hun wetgevende bevoegdheden. Op de lange duur beantwoordt alleen een naadloze bescherming van grondrechten onder Unierecht in alle gebieden van

147 — Zie met betrekking tot uitsluitende en gedeelde bevoegdheid, de arresten van 15 december 1976, Donckerwolcke en Schou (41/76, Jurispr. blz. 1921, punt 32); 18 februari 1986, Bulk Oil (174/84, Jurispr. blz. 559, punt 31), en 16 maart 1977, Commissie/Frankrijk (68/76, Jurispr. blz. 515, punt 23). Over de toepassing van deze regels in de context van de externe bevoegdheid van de Unie, zie onder andere het arrest van 31 maart 1971, AETR (22/70, Jurispr. blz. 263).

148 — De toelichtingen bij het Handvest (PB 2007, C 303, blz. 17) zijn duidelijk op dit punt: „De grondrechten, zoals deze in de Unie worden gewaarborgd, hebben slechts rechtsgevolgen in het kader van de door de Verdragen bepaalde bevoegdheden. Bijgevolg kan de [...] verplichting om de in het Handvest neergelegde beginselen te bevorderen, slechts gelden binnen de grenzen van die bevoegdheden." De toelichting vervolgt: „het [is] vanzelfsprekend dat de verwijzing naar het Handvest in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie niet kan worden opgevat als een automatische uitbreiding van de mogelijke handelingen van de lidstaten die als ‚uitvoering van het recht van de Unie' [...] kunnen worden beschouwd". Ik vat de toelichtingen aldus op, dat deze opmerkingen de bescherming van grondrechten krachtens het Unierecht ondubbelzinnig koppelen aan wat binnen de bevoegdheidssfeer van de Unie ligt. Samen genomen zou bescherming van grondrechten uit hoofde van Unierecht en bescherming van grondrechten uit hoofde van nationaal recht niettemin moeten resulteren in een afdoende bescherming (ten minste voor alle grondrechten die zowel zijn opgenomen in het Handvest als in het EVRM).

149 — Zie de in voetnoot 40 aangehaalde rechtspraak.

uitsluitende of gedeelde Uniebevoegdheid aan het concept van een Unieburgerschap.

171. Ondanks deze aanzienlijke voordelen, denk ik niet dat in de onderhavige zaak zo een stap eenzijdig door het Hof kan worden genomen.

172. Indien de toepassing van grondrechten van de Unie uitsluitend afhankelijk zou worden gesteld van het bestaan van uitsluitende of gedeelde Uniebevoegdheden, zou dit een openlijk federaal element invoeren in de opzet van het juridische en politieke systeem van de Unie. Eenvoudig gezegd, zou een dergelijke verandering overeenkomen met de verandering in het constitutionele recht van de Verenigde Staten na de beslissing in Gitlow/New York [150], waar het Supreme Court van de Verenigde Staten het bereik van verschillende rechten, die verankerd waren in het eerste amendement op de Amerikaanse grondwet, uitbreidde tot de afzonderlijke staten. Deze zogenaamde „incorporation"-rechtspraak, sedertdien gebaseerd op de bepaling inzake een eerlijke rechtsgang („due process") in het veertiende amendement, vereist geen interstatelijke verplaatsing, noch wetgevingshandelingen van het Congres. Volgens het Supreme Court zijn bepaalde grondrechten zo belangrijk dat zij „behoren tot de fundamentele persoonlijke rechten en vrijheden die door de bepaling inzake een eerlijke rechtsgang [...] worden beschermd tegen aantasting door de staten". [151]

173. Het federaliserende effect van de Amerikaanse incorporation-doctrine is genoegzaam bekend. Een verandering van die aard zou in juridische en politieke termen, de aard zelf van grondrechten onder het Unierecht veranderen. Dit vereist naast een ontwikkeling van de rechtspraak, *ook* een ondubbelzinnige politieke uitspraak van de krachten waaruit de Unie gevormd is (haar lidstaten), in de richting van een nieuwe rol voor grondrechten in de Unie.

174. In de context van de onderhavige zaak, is het cruciale moment de geboorte van Ruiz Zambrano's tweede kind, Diego, op

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — Over de uitspraak Gitlow/New York en de incorporation-doctrine, zie R. Cortner: *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties,* Madison, University of Wisconsin Press, 1981; L. Henkin: „‚Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment", *Yale Law Journal*, 1963, blz. 74-88, en H.L., Pohlman: *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, blz. 82-87.

1 september 2003. Die gebeurtenis (de verschijning op het toneel van een burger van de Unie) had, als Ruiz Zambrano gelijk heeft, de Belgische autoriteiten ertoe moeten brengen zijn afgeleide verblijfsrechten te accepteren en zijn aanspraak op een werkloosheidsuitkering dienovereenkomstig te behandelen.

175. In die fase had het Verdrag betreffende de Europese Unie sinds Maastricht in wezen geen veranderingen ondergaan. Het Hof had in zijn advies 2/94 duidelijk uitgesproken dat de Europese Gemeenschap toentertijd niet bevoegd was om het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te ratificeren. [152] Het Handvest was nog „soft law", zonder directe werking of erkenning in het Verdrag. Het Verdrag van Lissabon was zelfs nog niet in zicht. Tegen die achtergrond denk ik eenvoudig niet dat de constitutionele evolutie van de grondslagen van de Unie, die vereist zou zijn om de uitspraak te rechtvaardigen dat grondrechten onder Unierecht als opzichzelfstaande rechten konden worden ingeroepen, toen al had plaatsgevonden.

176. Ik concludeer derhalve, in antwoord op de laatste van de door mij geherformuleerde vragen, dat ten tijde van de relevante feiten het grondrecht op een gezinsleven onder het recht van de Unie niet zonder enige andere aanknoping met het recht van de Unie als een opzichzelfstaand recht kon worden ingeroepen, noch door een onderdaan van een niet-lidstaat noch door een burger van de Unie, op het grondgebied van de lidstaat waarvan die burger een onderdaan was of elders op het grondgebied van de lidstaten.

177. Met dat antwoord aanvaard ik dat het Hof in de onderhavige zaak niet openlijk op verandering vooruit moet lopen. Ik wijs echter erop dat het Hof (eerder vroeger dan later) zal moeten kiezen of het gelijke tred wil houden met de situatie zoals deze zich ontwikkelt, of dat het achter de wetgevende en politieke ontwikkelingen die al hebben plaatsgevonden aan wil blijven lopen. Op een gegeven moment zal het Hof waarschijnlijk een zaak voorgelegd krijgen (allicht een verwijzing van een nationale rechter) waarin het wordt geconfronteerd met de vraag of de Unie inmiddels op de rand van de constitutionele verandering staat (zoals het Hof zelf gedeeltelijk voorzag toen het advies 2/94 uitbracht). De beantwoording van die vraag kan voorlopig nog worden uitgesteld, maar waarschijnlijk niet erg veel langer.

152 — Advies van 28 maart 1996 (2/94, Jurispr. blz. I-1759, punt 6).

Conclusie

178. Gezien al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de Arbeidsrechtbank te Brussel opgeworpen kwesties als volgt te beantwoorden:

De artikelen 20 en 21 VWEU (de oude artikelen 17 EG en 18 EG) dienen aldus te worden uitgelegd dat zij een op het burgerschap van de Unie gebaseerd recht toekennen om op het grondgebied van de lidstaten te verblijven, dat niet afhankelijk is van het recht zich tussen de lidstaten te verplaatsen. Deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat een lidstaat weigert een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een familielid in de opgaande lijn van een burger van de Unie die een onderdaan is van de betrokken lidstaat en die zijn rechten van vrij verkeer nog niet heeft uitgeoefend, mits dat besluit beantwoordt aan het evenredigheidsbeginsel.

Artikel 18 VWEU (het oude artikel 12 EG) moet aldus worden uitgelegd dat omgekeerde discriminatie, ontstaan door de wisselwerking tussen artikel 21 VWEU en het nationale recht, die gepaard gaat met een schending van een grondrecht dat onder de bescherming van het Unierecht valt, verboden is wanneer het nationale recht niet ten minste een gelijkwaardige bescherming biedt.

Op het voor het hoofdgeding relevante tijdstip kon het grondrecht op een gezinsleven onder het recht van de Unie niet, zonder enig ander verband met het recht van de Unie, als een opzichzelfstaand recht worden ingeroepen, noch door een onderdaan van een niet-lidstaat noch door een burger van de Unie, op het grondgebied van de lidstaat waarvan die burger een onderdaan was of elders op het grondgebied van de lidstaten.