CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. STIX-HACKL

van 13 september 2001 [1]

Inhoud

I — Inleiding I-6596

II — Rechtskader I-6596

A — Gemeenschapsrecht I-6596

B — Nationaal recht I-6601

III — Feiten en hoofdgeding I-6603

IV — Voorafgaande opmerkingen over gezinshereniging I-6604

V — De eerste vraag (terugwijzing aan de grens) I-6606

A — Argumenten van partijen I-6606

B — Beoordeling I-6607

1. Voorwaarden voor binnenkomst — Bevoegdheid van de lidstaten om een visum op te leggen I-6608

2. Bevoegdheid van de lidstaten om onderdanen van derde landen aan de grens terug te wijzen I-6610

a) Non-discriminatiebeginsel I-6611

b) Recht op eerbiediging van het gezinsleven en evenredigheidsbeginsel .. I-6612

VI — De tweede vraag (onregelmatige binnenkomst) I-6614

A — Argumenten van partijen I-6614

B — Beoordeling I-6615

1. Weigering van verblijfsvergunning I-6615

2. Verwijdering van het grondgebied I-6616

a) Non-discriminatiebeginsel I-6617

b) Recht op eerbiediging van het gezinsleven en evenredigheidsbeginsel .. I-6618

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

VII— Derde vraag (regelmatige binnenkomst, verlopen van het visum) I-6618
A — Argumenten van partijen I-6619
B — Beoordeling I-6620
1. Weigering van de verblijfsvergunning I-6620
2. Verwijdering van het grondgebied I-6621
VIII—De vierde vraag (rechtsbescherming) I-6622
A — Argumenten van partijen I-6622
B — Beoordeling I-6623
IX — Conclusie I-6627

I — Inleiding

1. De Belgische Raad van State legt het Hof een aantal vragen voor met betrekking tot de rechtspositie van onderdanen van derde landen die met een burger van de Unie gehuwd zijn. Deze vragen hebben betrekking op het terugwijzen aan de grens, de weigering van een verblijfsvergunning, de verwijdering van het grondgebied en de rechtsbescherming.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

2. De bepalingen van richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid [2] zijn luidens artikel 1, lid 2, van deze richtlijn eveneens van toepassing op de echtgenoten en familieleden van bepaalde onderdanen van een lidstaat die voldoen aan de ter uitvoering van het Verdrag vastgestelde voorwaarden van de verordeningen en richtlijnen met betrekking tot het al dan niet in loondienst verrichten van werkzaamheden of het vrij verrichten van diensten.

3. Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De maatregelen van openbare orde of openbare veiligheid moeten uitsluitend berusten op het persoonlijke gedrag van de betrokkene.

2 — PB 1964, nr. 56, blz. 850.

2. Het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen vormt op zichzelf geen motivering van deze maatregelen.

3. Het verlopen van het identiteitsbewijs dat de toelating in het ontvangende land en de afgifte van de verblijfsvergunning mogelijk maakt, kan de verwijdering van het grondgebied niet wettigen.

4. De staat die het identiteitsbewijs heeft afgegeven, laat de houder van dit bewijs zonder formaliteiten op zijn grondgebied toe, zelfs indien dit bewijs is verlopen of de nationaliteit van de houder wordt betwist."

4. Artikel 8 van de richtlijn bepaalt, dat de betrokkene tegen het besluit tot weigering van toelating, tot weigering van afgifte of verlenging van de verblijfsvergunning of tegen het besluit tot verwijdering van het grondgebied moet kunnen beschikken over de mogelijkheden van beroep die openstaan voor de eigen onderdanen tegen bestuursrechtelijke besluiten.

5. Artikel 9, leden 1 en 2, van richtlijn 64/221 luidt:

„1. Bij ontstentenis van mogelijkheden van gerechtelijk beroep of indien dit beroep slechts betrekking heeft op de wettigheid van het besluit of indien dit beroep geen opschortende werking heeft, wordt het besluit tot weigering van verlenging van de verblijfsvergunning of het besluit tot verwijdering van het grondgebied van een houder van een verblijfsvergunning, behoudens in dringende gevallen, slechts door de overheidsinstantie genomen na advies door een bevoegde instantie van het ontvangende land ten overstaan waarvan de betrokkene gebruik moet kunnen maken van zijn middelen tot verweer en zich kan laten bijstaan of vertegenwoordigen volgens de procedure van de nationale wetgeving.

Deze instantie moet een andere zijn dan die welke gerechtigd is om het besluit tot weigering van de verlenging van de verblijfsvergunning of het besluit tot verwijdering te nemen.

2. Besluiten tot weigering van afgifte van de eerste verblijfsvergunning, alsmede het besluit tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een dergelijk document worden, op verzoek van de betrokkene, ter behandeling voorgelegd aan de instantie waarvan het voorafgaand advies wordt voorgeschreven in lid 1. De betrokkene is dan gemachtigd in persoon zijn middelen tot verweer voor te dragen, tenzij redenen van staatsveiligheid zich hier tegen verzetten."

6. Richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der lidstaten en

van hun familie binnen de Gemeenschap [3] (hierna: „richtlijn 68/360") geldt volgens artikel 1 ervan voor de personen op wie verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap [4] van toepassing is.

7. Artikel 3 van richtlijn 68/360 bepaalt:

„1. De lidstaten laten de in artikel 1 bedoelde personen op vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort zonder meer op hun grondgebied toe.

2. Er kan geen inreisvisum of vergelijkbare verplichting worden opgelegd, behalve aan de familieleden die niet de nationaliteit van een van de lidstaten bezitten. De lidstaten verlenen deze laatsten alle faciliteiten om de voor hen vereiste visa te verkrijgen."

8. Artikel 4 van richtlijn 68/360 bepaalt:

„1. De lidstaten kennen het recht van verblijf op hun grondgebied toe aan de in artikel 1 bedoelde personen die de hierna in lid 3 genoemde documenten kunnen overleggen.

2. Het recht van verblijf wordt vastgesteld door de afgifte van een document, genoemd ‚verblijfskaart van een onderdaan van een lidstaat der EEG'. In dit document moet worden vermeld dat het werd afgegeven uit hoofde van verordening (EEG) nr. 1612/68 en van de maatregelen die de lidstaten krachtens deze richtlijn hebben genomen. De tekst van deze vermelding is weergegeven in de bijlage van deze richtlijn.

3. Voor de afgifte van de verblijfskaart van een onderdaan van een lidstaat der EEG mogen de lidstaten slechts vorderen dat de volgende documenten worden overgelegd:

— door de werknemer:

a) het document op vertoon waarvan hij hun grondgebied heeft betreden;

b) een door de werkgever verstrekte verklaring van indienstneming of tewerkstelling;

3 — PB L 257, blz. 13.
4 — PB L 257, blz. 2.

— door de familieleden:

c) het document op vertoon waarvan zij het grondgebied hebben betreden;

d) een document, afgegeven door de bevoegde autoriteit van de staat van oorsprong of van herkomst, waaruit hun familiebetrekking blijkt;

e) in de gevallen, bedoeld in artikel 10, leden 1 en 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68, een document dat wordt afgegeven door de bevoegde autoriteit van de staat van oorsprong of van herkomst, waarin wordt verklaard dat zij ten laste zijn van de werknemer of dat zij in dat land bij hem inwonend zijn.

4. Wanneer een familielid niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, ontvangt hij een verblijfsdocument dat dezelfde geldigheid heeft als het document, afgegeven aan de werknemer van wie hij afhankelijk is."

9. Artikel 10 van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (hierna: „verordening nr. 1612/68") bepaalt:

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

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

b) de bloedverwanten in opgaande lijn van deze werknemer en van zijn echtgenoot, die te zijnen laste zijn.

2. De lidstaten begunstigen de toelating van alle familieleden die niet onder de bepalingen van lid 1 vallen, indien zij ten laste zijn van bovenbedoelde werknemer dan wel in het land van herkomst onder zijn dak leven.

3. Voor de toepassing van de leden 1 en 2 moet de werknemer de beschikking hebben over een woning voor zijn familie, die in het gebied waar hij werkt voor de nationale werknemers als normaal wordt beschouwd; deze bepaling mag geen discriminatie tussen de nationale werknemers en de werknemers uit andere lidstaten ten gevolge hebben."

10. Volgens artikel 1 van richtlijn 73/148/EEG van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de lidstaten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten [5] (hierna: „richtlijn 73/148") is deze onder meer op de volgende personen van toepassing:

„1. De lidstaten heffen, onder de in deze richtlijn omschreven voorwaarden, de beperkingen op van de verplaatsing en het verblijf van:

a) onderdanen van een lidstaat die zijn gevestigd of zich willen vestigen in een andere lidstaat teneinde daar een werkzaamheid, anders dan in loondienst, uit te oefenen of die er een dienst willen verrichten;

b) onderdanen van lidstaten die zich naar een andere lidstaat willen begeven in de hoedanigheid van personen te wier behoeve een dienst wordt verricht;

c) de echtgenoot en de kinderen beneden de 21 jaar van bovengenoemde onderdanen, ongeacht hun nationaliteit;

d) de verwanten in opgaande of neergaande lijn van deze onderdanen en van hun echtgenoot, die te hunnen laste komen, ongeacht hun nationaliteit."

11. Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 73/148 laten de lidstaten de in artikel 1 bedoelde personen op vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort zonder meer op hun grondgebied toe.

12. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 73/148 bevat dezelfde bepaling als artikel 3, lid 2, van richtlijn 68/360.

13. Artikel 4, lid 3, van richtlijn 73/148 bepaalt:

„3. Wanneer een familielid niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, wordt hem een verblijfsdocument verstrekt dat dezelfde rechtskracht bezit als het document, afgegeven aan de ingezetene van wie hij afhankelijk is."

5 — PB L 172, blz. 14.

14. Artikel 6 van richtlijn 73/148 bepaalt:

„Voor de afgifte van de verblijfskaart en van de verblijfsvergunning kan de lidstaat van de aanvragers slechts verlangen:

a) het document waarmee zij zijn grondgebied hebben betreden over te leggen;

b) aan te tonen dat zij behoren tot een van de in de artikelen 1 en 4 bedoelde categorieën."

15. Verordening (EG) nr. 2317/95 van de Raad van 25 september 1995 ter bepaling van de derde staten waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten in het bezit moeten zijn van een visum [6], regelt de visumplicht voor onder meer onderdanen van derde staten die in de gemeenschappelijke lijst in de bijlage bij de verordening zijn opgenomen. Deze verordening is vervangen door verordening (EG) nr. 574/1999 van de Raad van 12 maart 1999 ter bepaling van de derde staten waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten in het bezit moeten zijn van een visum [7] (hierna: „verordening nr. 574/99").

B — *Nationaal recht*

16. Titel II, hoofdstuk I (artikelen 40 tot 47), van de — inmiddels veelvuldig gewijzigde — wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen [8], heeft betrekking op „vreemdelingen, onderdanen van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen, hun familieleden en vreemdelingen, familieleden van een Belg". Deze bepalingen zijn krachtens het EG-Verdrag en verordening nr. 1612/68 en ter uitvoering van enkele richtlijnen uitgevaardigd.

17. Ter uitvoering van artikel 42 van de wet van 15 december 1980 zijn bij koninklijk besluit van 8 oktober 1981 de voorwaarden voor de machtiging tot vestiging en de procedure voor de afgifte van een verblijfsvergunning vastgelegd.

18. Op 28 augustus 1997 hebben de minister van Binnenlandse Zaken en de minister van Justitie een omzendbrief uitgevaardigd

6 — PB L 234, blz. 1.

7 — PB L 72, blz. 2.

8 — *Belgisch Staatsblad* van 31 december 1980.

betreffende de procedure voor de huwelijksafkondiging en de documenten die dienen overgelegd te worden teneinde een visum met het oog op het afsluiten van een huwelijk in het Rijk te bekomen en teneinde een visum gezinshereniging op basis van een huwelijk afgesloten in het buitenland te bekomen [9] (hierna: „omzendbrief").

19. Punt 4 van de omzendbrief bepaalt onder meer:

„4. Indienen van de aanvraag tot verblijf na het voltrekken van het huwelijk

[...] Voor wat betreft het verblijfsaspect dient de aandacht erop gevestigd te worden dat bij de aanvraag tot verblijf in het kader van artikel 10, eerste lid, 1° of 4°, of artikel 40, § 3 tot § 6, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, de documenten die vereist zijn voor de binnenkomst in het Rijk dienen overgemaakt te worden.

Dit betekent in concreto dat de vreemdeling in het bezit moet zijn van een geldig nationaal paspoort of van een daarmee gelijkgestelde reistitel, zonodig voorzien van een visum of een visumverklaring, geldig voor België, aangebracht door een Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger of door een diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger van een Staat die partij is bij een internationale overeenkomst betreffende de overschrijding van de buitengrenzen, die België bindt (artikel 2 van de wet van 15 december 1980).

Indien de vreemdeling deze binnenkomstdocumenten niet kan overmaken, wordt zijn aanvraag tot verblijf in principe onontvankelijk verklaard."

Deze onontvankelijkheid is noch in de wet van 15 december 1980, noch in het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 uitdrukkelijk voorgeschreven.

20. Punt 6 van de omzendbrief bepaalt onder meer:

„6. Documenten die dienen overgelegd te worden teneinde een visum gezinshereniging te bekomen op basis van een huwelijk dat afgesloten werd in het buitenland.

A. Gezinshereniging op basis van artikel 10, eerste lid, 1° of 4°, van de wet van 15 december 1980.

[...]

9 — *Belgisch Staatsblad* van 1 oktober 1997.

2) in het kader van artikel 10, eerste lid, 1°, van de wet (toepassing van bilaterale akkoorden met Marokko, Turkije, Tunesië, Algerije en Joegoslavië betreffende de tewerkstelling in België van buitenlandse werknemers, goedgekeurd door de wet van 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977):

[...]

— het bewijs dat de echtgeno(o)t(e) tewerkgesteld is in België (werkgeversattest, arbeidsovereenkomst, inschrijving in het handelsregister, [...];

— een kopie van de arbeidskaart of beroepskaart van de echtgeno(o)t(e) in België;

— het bewijs dat de echtgeno(o)t(e) gedurende ten minste drie maanden gearbeid heeft in België (een maand voor de Turkse onderdanen)."

III — Feiten en hoofdgeding

21. Op 28 november 1997 heeft de VZW Beweging tegen Rassenhaat, Antisemitisme en Xenofobie (hierna: „BRAX") bij de Belgische Raad van State (afdeling administratie) beroep ingesteld tot nietigverklaring van de punten 4 en 6 van de omzendbrief.

22. Met betrekking tot punt 6 heeft de Raad van State het beroep afgewezen.

23. Met betrekking tot punt 4 heeft BRAX het beroep gegrond op de schending van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 64/221, artikel 10 van richtlijn 68/360, „artikel 6 van het Verdrag van Maastricht", en een aantal Belgische voorschriften.

24. Van oordeel dat de uitlegging van de voor het hoofdgeding relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen niet duidelijk is, heeft de Raad van State bij arrest van 23 november 1999 het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de volgende vragen:

„1) Moeten artikel 3 van richtlijn 68/360 van 15 oktober 1968, artikel 3 van

richtlijn 73/148 van 21 mei 1973 en verordening nr. 2317/95 van 25 september 1995 tegen de achtergrond van het evenredigheidsbeginsel, het discriminatieverbod en het recht op eerbiediging van het gezinsleven aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten visumplichtige vreemdelingen die gehuwd zijn met gemeenschapsonderdanen en die zonder identiteitsbewijs of visum het grondgebied van een lidstaat trachten binnen te komen, aan de grens mogen terugwijzen?

2) Moeten artikel 4 van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148, gelezen in samenhang met artikel 3 van bovengenoemde richtlijnen en met het evenredigheidsbeginsel, het discriminatieverbod en het recht op eerbiediging van het gezinsleven, aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten de echtgenoot van een gemeenschapsonderdaan die op onregelmatige wijze het grondgebied is binnengekomen, een verblijfsvergunning mogen weigeren en hem van het grondgebied mogen verwijderen?

3) Brengen de artikelen 3 en 4, lid 3, van richtlijn 68/360, artikel 3 van richtlijn 73/148 en artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 van 25 februari 1964 mee, dat de lidstaten geen verblijfsvergunning kunnen weigeren aan de buitenlandse echtgenoot van een gemeenschapsonderdaan die op regelmatige wijze het nationale grondgebied is binnengekomen, maar wiens visum verlopen is op het ogenblik dat hij die vergunning aanvraagt, en de betrokkene evenmin van het grondgebied kunnen verwijderen?

4) Moeten de artikelen 1 en 9, lid 2, van richtlijn 64/221 van 25 februari 1964 aldus worden uitgelegd, dat buitenlandse echtgenoten van gemeenschapsonderdanen die geen identiteitsbewijs of visum bezitten of wier visum verlopen is, zich kunnen wenden tot de in artikel 9, lid 1 bedoelde bevoegde instantie, wanneer zij een eerste verblijfsvergunning hebben aangevraagd of worden verwijderd vóór de afgifte ervan?"

IV — Voorafgaande opmerkingen over gezinshereniging

25. De onderhavige procedure heeft in hoofdzaak betrekking op het verblijfsrecht van onderdanen van derde landen die met een onderdaan van een lidstaat gehuwd zijn, inzonderheid op de bescherming van het gezinsleven tegen maatregelen die een einde stellen aan het verblijf of die de gezinshereniging belemmeren, en op de rechtsbescherming.

26. Het grote belang van de gezinshereniging [10] blijkt reeds uit het feit, dat zij in een aantal internationale rechtsteksten is gere-

10 — Zie mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over een communautair immigratiebeleid van 22 november 2000, COM(2000) 757 def., blz. 10 e.v.

geld, zo bijvoorbeeld in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het Verdrag inzake de rechten van het kind, het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"), en het Europees Sociaal Handvest.

27. Verder is de gezinshereniging sedert jaren een van de belangrijkste redenen voor immigratie in de Europese Unie. Daarenboven vormt de gezinshereniging ook een belangrijk gegeven voor de integratie van onderdanen van derde landen die zich reeds vóór hun gezinsleden in de Europese Unie hebben gevestigd.

28. In deze context dient erop te worden gewezen, dat het thans geldende gemeenschapsrecht, afgezien van regelingen voor onderdanen van derde landen die verwant zijn met onderdanen van lidstaten, geen voorschriften inzake gezinshereniging bevat. Op de resolutie van de Raad inzake gezinshereniging van 1993 [11] moet hier wegens het niet-bindend karakter ervan niet verder worden ingegaan.

29. Het in het kader van het Verdrag van Amsterdam aangenomen actieplan van de Raad en de Commissie over een „ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid" voorziet daarentegen in een aantal concrete instrumenten. Daaronder valt ook de — geplande — richtlijn inzake het recht op gezinshereniging; momenteel ligt het gewijzigde voorstel van de Commissie [12] ter bespreking bij de Raad.

30. Volgens de huidige stand van het gemeenschapsrecht gelden bijgevolg voor de rechtspositie van uit derde landen afkomstige gezinsleden van een onderdaan van een lidstaat, die in zijn lidstaat woont en geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij personenverkeer, nog altijd de nationale voorschriften inzake gezinshereniging. [13]

31. Volgens het thans geldende gemeenschapsrecht bestaat er dus een groot verschil tussen onderdanen van derde landen wier echtgenoot gebruik maakt van zijn uit het gemeenschapsrecht afgeleide rechten en onderdanen van derde landen wier echtgenoot hiervan nooit gebruik heeft gemaakt. [14]

11 — Document van de Raad SN 2828/1/93 WGI 1497 REV 1. Zie ook o.m. Handoll, *Free Movement of Persons in the EU*, 1995, blz. 367 e.v.

12 — COM(2000) 624 def.

13 — Cf. de Commissie in haar voorstel voor een richtlijn inzake gezinshereniging, COM(1999) 638 def., nr. 7.5; Martin, „Loi du 15 décembre 1980", *Revue du droit des étrangers* 1996, blz. 722 e.v., inz. blz. 725.

14 — Arrest van 16 december 1992, Koua Poirrez (C-206/91, Jurispr. blz. I-6685, punt 13), inzake vrij verkeer van werknemers.

Dat is ook in de onderhavige zaak het belangrijkste uitgangspunt.

De controle van de visumvoorwaarden dient volgens BRAX in België te gebeuren en niet in het land van herkomst van de onderdaan van een derde land.

32. Voorzover niet anders is vermeld, hebben de volgende overwegingen over onderdanen van derde landen betrekking op onderdanen van derde landen die met een burger van de Unie gehuwd zijn.

35. De Belgische regering meent dat het de taak van de lidstaten is om te controleren, of personen die hun grondgebied willen binnenkomen of reeds zijn binnengekomen en aanspraak maken op een verblijfsrecht, zich op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen. Daarvoor is een bewijs van identiteit en van verwantschap vereist.

V — De eerste vraag (terugwijzing aan de grens)

33. De eerste vraag heeft betrekking op de terugwijzing aan de grens, te weten de buitengrenzen van België, van de echtgenoot van een burger van de Unie die de nationaliteit van een derde land heeft en niet in het bezit is van een identiteitsbewijs of visum.

Veel gegevens over de persoon van de onderdaan van een derde land kunnen enkel door de Belgische vertegenwoordiging in het land van herkomst van de onderdaan van een derde land worden verkregen. Daarom verdient afgifte van een visum in het derde land de voorkeur boven afgifte in België zelf.

A — *Argumenten van partijen*

34. BRAX betoogt dat de terugwijzing van een vreemdeling aan de grens in strijd is met artikel 3 van richtlijn 68/360, artikel 3 van richtlijn 73/148, verordening nr. 2317/95, en artikel 8, lid 2, EVRM.

Bovendien is het visumvereiste vooral een middel om te controleren, of de persoon die beweert als echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat het grondgebied van een lidstaat binnen te komen, werkelijk aan de gestelde voorwaarden voldoet. Dienovereenkomstig kunnen de lidstaten op grond van richtlijn 64/221 onderdanen van een lidstaat en hun gezinsleden bepaalde rechten weigeren.

36. De Oostenrijkse regering sluit zich bij het betoog van de Belgische regering aan voorzover de verschillende behandeling die uit de visumplicht voortvloeit niet op niet-objectieve overwegingen berust en dus niet-discriminerend is. Hetzelfde geldt voor de verschillende behandeling van personen die de visumplicht wél en andere personen die deze verplichting niet zijn nagekomen.

In het licht van het vrije verkeer van personen en het evenredigheidsbeginsel kan een lidstaat uitzonderingen op het algemene beginsel van de visumplicht vaststellen, met name ingeval de betrokkene buitengewone omstandigheden in zijn voordeel kan aanvoeren, zoals ook in artikel 4 van verordening nr. 574/99 is bepaald.

37. De Commissie is van mening dat, indien de toegang kan worden geweigerd aan een onderdaan van een lidstaat die zijn nationaliteit niet kan aantonen, dezelfde regeling dient te worden toegepast voor onderdanen van derde landen die hun recht op grond van verwantschap met een onderdaan van een lidstaat niet kunnen aantonen.

Indien een onderdaan van een derde land evenwel zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten kan aantonen, kan het ontbreken van een visum geen afbreuk doen aan deze rechten en kan dit geenszins zijn terugwijzing aan de grens rechtvaardigen, wat immers neerkomt op een ontkenning van deze rechten. De terugwijzing is dan ook een onevenredige maatregel.

Voor personen die gezinsbanden hebben met een migrerende werknemer is het visum slechts van formele aard en dient het door de lidstaat die zij wensen binnen te komen, als het ware automatisch te worden verstrekt. In geen geval dient het visum om de gemeenschapsrechtelijke rechtspositie van de betrokkene te bepalen. Het recht van toegang vloeit volgens het gemeenschapsrecht voort uit het loutere feit van de gezinsbanden.

De aan de consulaten in de landen van herkomst van onderdanen van derde landen opgedragen taken vormen slechts een organisatorische maatregel en kunnen de rechten die aan het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend, niet beperken.

B — *Beoordeling*

38. Volgens het huidige gemeenschapsrecht volgt de status van de uit een derde land afkomstige echtgenoot de rechtspositie van de burger van Unie. Dergelijke onderdanen van derde landen beschikken dus enkel over

via hun echtgenoot verkregen rechten, bijvoorbeeld het recht van toegang en verblijf.

39. De door het gemeenschapsrecht aan onderdanen van derde landen verleende status vloeit evenwel niet voort uit het primaire recht, maar enkel uit het afgeleide recht.

40. Onderdanen van derde landen die met een burger van de Unie gehuwd zijn, behoren immers krachtens artikel 1 van richtlijn 68/360 en artikel 1 van richtlijn 73/148 tot de begunstigden van deze twee richtlijnen. Zij behoren aldus tot de geprivilegieerde onderdanen van derde landen.

1. Voorwaarden voor binnenkomst — Bevoegdheid van de lidstaten om een visum op te leggen

41. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de bevoegdheid van de lidstaten om onderdanen van derde landen die met een burger van de Unie gehuwd zijn en niet over een identiteitsbewijs of visum beschikken, aan de grens terug te wijzen.

42. Voor gezinsleden en inzonderheid echtgenoten van burgers van de Unie zijn de althans in de Duitse versie in wezen identieke bepalingen van de artikelen 3, lid 1, van richtlijn 68/360 en van richtlijn 73/148 van toepassing. Deze leggen de lidstaten de verplichting op om deze personen op „eenvoudig" [15] vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort zonder meer op hun grondgebied toe te laten.

43. Op deze principiële verplichting van de lidstaten en het daarmee overeenstemmende recht van toegang wordt echter een uitzondering gemaakt in de — in de procestaal identieke en in de Duitse versie [16] bijna identieke — bepalingen van het tweede lid van artikel 3 van richtlijn 68/360 en van richtlijn 73/148. Volgens deze gelijklopende bepalingen mag namelijk aan gezinsleden met de nationaliteit van een derde land een visum worden opgelegd.

44. Zelfs voor deze gezinsleden houden de bepalingen van artikel 3 van richtlijn 68/360 en van richtlijn 73/148 dus vast aan de visumplicht. [17] Daarin ligt nog steeds een groot verschil met de onder-

15 — Volgens de Duitse versie; deze toevoeging ontbreekt in vele andere versies van richtlijn 68/360. Zij is evenwel juridisch zonder belang.

16 — Zie onder „rechtskader" [Deze bepalingen zijn ook in de Nederlandse versie bijna identiek - NvdV].

17 — Carlier, „La circulation des personnes dans l'Union européenne", *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1995, blz. 97, inz. blz. 104; Hailbronner, *Neuere Entwicklungen im europäischen Ausländerrecht*, 1997, blz. 18, en Maresceau, „La libre circulation des personnes et les ressortissants d'Etats tiers", in: Demaret (uitg.), *Relations exterieurs de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, 1986, blz. 106 (inz. blz. 111 e.v.).

danen van de lidstaten. Ter compensatie legt artikel 3, lid 2, van de beide richtlijnen de lidstaten de verplichting op om de gezinsleden „alle faciliteiten" te verlenen om de afgifte van de benodigde visa te waarborgen.

45. Verordening nr. 2317/95, vervangen door verordening nr. 574/99, bevat de lijst van derde landen wier onderdanen bij het overschrijden van de buitengrenzen van de Gemeenschap in het bezit van een visum moeten zijn. Aangezien deze verordeningen geen bijzondere regeling bevatten voor echtgenoten van burgers van de Unie, moet er van worden uitgegaan dat de visumplicht ook voor deze groep geldt.

46. Ook uit artikel 4 van de respectievelijke verordeningen kan worden afgeleid dat er een visumplicht is voor gezinsleden met de nationaliteit van een derde land. Voor bepaalde categorieën van personen is namelijk een uitzondering op de visumplicht vastgesteld. Aangezien de categorie der gezinsleden met de nationaliteit van een derde land daarin niet is opgenomen, volgt hieruit a contrario dat deze gezinsleden inderdaad niet van de visumplicht zijn vrijgesteld.

47. Het zou echter evenzeer in strijd zijn met het bepaalde van het tweede lid van artikel 3 van richtlijn 68/360 en van richtlijn 73/148, indien daaruit een algemene verplichting van de lidstaten zou worden afgeleid om gezinsleden een visum te verstrekken. Beide bepalingen beperken de verplichting van de lidstaten tot het verlenen van „faciliteiten".

48. Daarentegen kan men uit het feit, dat „alle faciliteiten" moeten worden verleend, afleiden, dat alleszins faciliteiten inzake de procedure van afgifte van visa moeten worden verleend. Er kan bijvoorbeeld worden van uitgegaan dat er een verplichting is de procedure sneller af te handelen in vergelijking met de procedure voor niet-geprivilegieerde onderdanen van derde landen, vooral door de behandelingsduur te verkorten.

49. Van belang is alleszins, dat de lidstaten niet enkel de bevoegdheid, maar in bepaalde gevallen zelfs de plicht hebben om gezinsleden een visum op te leggen wanneer deze niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten.

50. Nu moet worden nagegaan over welke bevoegdheden de lidstaten beschikken, wanneer de onderdanen van een derde land niet over een identiteitsbewijs of visum beschikt. De prejudiciële vraag is beperkt tot de bevoegdheid van de lidstaten om hen aan de grens terug te wijzen. Het is dan ook niet nodig om, zoals de Commissie meent, te onderzoeken welke mogelijkheden de lidstaten hebben om sancties op te leggen.

2. Bevoegdheid van de lidstaten om onderdanen van derde landen aan de grens terug te wijzen

51. Om te beginnen zij nogmaals benadrukt, dat de bevoegdheid en — in vele gevallen — de verplichting van de lidstaten om onderdanen van derde landen, daaronder begrepen de echtgenoten van burgers van de Unie, een visum op te leggen, uitdrukkelijk in het gemeenschapsrecht is geregeld; dit is evenwel niet het geval voor de terugwijzing aan de grens.

52. De terugwijzing is een van de mogelijke maatregelen die een lidstaat in deze context kan voorzien. Het zij echter duidelijk dat een bevoegdheid of verplichting tot terugwijzing niet automatisch uit de visumplicht voor onderdanen van derde landen voortvloeit.

53. Aangezien uit de in artikel 3, lid 2, van respectievelijk richtlijn 68/360 en richtlijn 73/148 vastgelegde verplichting om aan gezinsleden „alle faciliteiten te verlenen" geen verplichting tot afgifte van een visum aan de grens kan worden afgeleid, kan hieruit — minstens op het eerste gezicht — geen verbod op het terugwijzen aan de grens worden afgeleid.

54. Integendeel kan uit de in artikel 3 van richtlijn 68/360 en van richtlijn 73/148 neergelegde voorwaarden voor toegang worden afgeleid, dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om personen aan de grens terug te wijzen. Wanneer een onderdaan van een derde land niet aan een voorwaarde als het overleggen van een geldig identiteitsbewijs of een geldig visum voldoet, zijn de lidstaten immers niet verplicht hem of haar toegang te verlenen. Anders dan de Commissie meent, moet geen onderscheid worden gemaakt naargelang de onderdaan van een derde land geen geldig identiteitsbewijs heeft dan wel alleen niet over een visum beschikt. Dat de visumplicht inderdaad geen subsidiaire verplichting is, blijkt uit verordening nr. 2317/95, die vervangen is door verordening nr. 574/99. De bepalingen van artikel 5 van de twee verordeningen omschrijven het visum uitdrukkelijk als een „besluit, vereist voor binnenkomst op zijn grondgebied". Het gemeenschapsrecht gaat er dus van uit, dat het visum een voorwaarde voor de toegang is, en wel een noodzakelijke voorwaarde.

55. Hierna dient dan ook het in de prejudiciële vraag aangevoerde non-discriminatiebeginsel nader te worden onderzocht. Aansluitend dient te worden onderzocht welk belang aan het recht op eerbieding van het gezinsleven moet worden gehecht in een situatie als in het hoofdgeding.

56. Met betrekking tot het in de prejudiciële vraag uitdrukkelijk aangevoerde evenredigheidsbeginsel dient te worden opgemerkt, dat dit niet afzonderlijk, maar in samenhang met het recht op eerbiediging

van het gezinsleven moet worden behandeld: een van de voorwaarden voor de wettigheid van inmenging in dit grondrecht is immers de evenredigheid van de door de betrokken staat genomen maatregel.

a) Non-discriminatiebeginsel

57. Met betrekking tot het non-discriminatiebeginsel gaat het er in casu vooral om na te gaan, of onderdanen van derde landen die een identiteitsbewijs of visum hebben, met betrekking tot de binnenkomst anders kunnen worden behandeld dan onderdanen van derde landen die aan deze voorwaarde niet voldoen.

58. Om te beginnen dient erop te worden gewezen, dat niet elk verschil in behandeling een schending van het non-discriminatiebeginsel vormt. De verschillende behandeling van twee groepen personen is toelaatbaar wanneer hiervoor objectieve redenen zijn.

59. In de literatuur is het weliswaar omstreden, of ook onderdanen uit derde landen zich op het non-discriminatiebeginsel kunnen beroepen, maar het bijzondere van de onderhavige zaak is, dat het hier gaat om uit derde landen afkomstige echtgenoten van burgers van de Unie, dus om onderdanen van derde landen die — minstens voor een aantal aspecten — onder het gemeenschapsrecht vallen. In zoverre is dus ook op hen het non-discriminatiebeginsel van toepassing. Zelfs wanneer er nu echter kan worden van uitgegaan, dat onderdanen van derde landen op wie het afgeleide gemeenschapsrecht van toepassing is, binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen en zich bijgevolg op het discriminatieverbod van artikel 12 EG kunnen beroepen, moet duidelijk worden gesteld, dat in de onderhavige zaak niet de gelijke behandeling van onderdanen van derde landen met nationale onderdanen of burgers van de Unie aan de orde is, maar wel de behandeling van twee verschillende groepen van onderdanen van derde landen. Als rechtsgrondslag voor het discriminatieverbod komt hier dus eerder het algemene gelijkheidsbeginsel, dat een van de algemene rechtsbeginselen is, in aanmerking. [18]

60. Het door een lidstaat gemaakte onderscheid tussen onderdanen van derde landen zonder visum en onderdanen van derde landen met een visum is gegrond op een kenmerk dat op zich niet als discriminerend kan worden beschouwd. In samenhang met voorschriften inzake vreemdelingenrecht, inzonderheid met betrekking tot de binnenkomst, is de basis van een dergelijk criterium immers niet zonder objectiviteit. Een gelijke behandeling van beide groepen lijkt bijgevolg niet zonder meer geboden.

18 — Arresten van 19 oktober 1977 (Ruckdeschel en Hansa-Lagerhaus Ströh (117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753, punt 7), en 18 december 1997, Annibaldi (C-309/96, Jurispr. blz. I-7493, punt 18).

b) Recht op eerbiediging van het gezinsleven en evenredigheidsbeginsel

61. Met het recht op eerbiediging van het gezinsleven voert de verzoekende rechter een grondrecht aan. Dienaangaande zij vastgesteld, dat het tot de taak van het Hof behoort de eerbiediging van de grondrechten te verzekeren. [19] „Daarbij laat het Hof zich leiden door de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben, alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het EVRM komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe." [20] „Deze beginselen zijn overigens vastgelegd in artikel 6, lid 2, EU." [21]

62. In de onderhavige zaak speelt het EVRM dus in zoverre een rol dat het een referentiepunt vormt aan de hand waarvan de toepasselijke bepalingen van het afgeleide recht moeten worden uitgelegd. [22]

63. De eerste prejudiciële vraag betreft het terugwijzen aan de grens en heeft in verschillende opzichten een raakpunt met het recht op eerbiediging van het gezinsleven. Enerzijds raakt dit aan de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende negatieve verplichting voor de verdragsluitende partijen, respectievelijk de lidstaten, om zich niet te mengen in het recht van echtgenoten op samenwoning. [23] Anderzijds raakt dit aan de positieve verplichting van de landen [24] om bepaalde gezinsleden op het grondgebied toe te laten. [25]

64. Hier gaat het dus om de kern van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op eerbiediging van het gezinsleven [26], te weten de bescherming van de relatie tussen echtgenoten. [27]

65. Er dient dus te worden van uitgegaan, dat het terugwijzen van een echtgenoot aan de grens een inmenging in het recht op eerbiediging van het gezinsleven vormt.

66. Een dergelijke inmenging is enkel toegestaan indien zij aan de door artikel 8, lid 2, EVRM gestelde eisen voldoet. Vol-

19 — Arresten van 11 juli 1985, Cinéthèque e.a. (60/84 en 61/84, Jurispr. blz. 2605, punt 26), en 30 september 1987, Demirel (12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 28).

20 — Arrest van 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 37).

21 — Arrest Connolly/Commissie, aangehaald in voetnoot 20, punt 38.

22 — Over de uitlegging van een verordening aan de hand van artikel 8 EVRM zie arrest van 18 mei 1989 in zaak 249/86 (Commissie/Duitsland, Jurispr. blz. 1263, punt 10); cf. ook arrest van 15 mei 1986 in zaak 222/84 (Johnston, Jurispr. blz. 1651, punt 18) over de uitlegging van een richtlijn aan de hand van mensenrechten en fundamentele vrijheden.

23 — Zie hierover algemeen De Schutter, „Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Revue du droit des étrangers*, 1996, blz. 531, inz. blz. 546. Over de negatieve verplichting: zie EHRM, arrest Ciliz v. Nederland van 11 juli 2000, § 62.

24 — EHRM, arrest Marckx v. België, Series A, nr. 31, punt 31.

25 — De Schutter, aangehaald in voetnoot 23, blz. 546.

26 — Dit stemt overeen met artikel 7 van het op 7 december 2000 te Nice afgekondigde Handvest van fundamentele rechten van de Europese Unie (PB C 364, blz. 1).

27 — EHRM, arrest inzake Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk, Series A, nr. 94, § 62.

gens deze bepaling is geen dergelijke inmenging toegestaan „dan voorzover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen".

67. De lidstaten beschikken daarbij over een bepaalde beoordelingsmarge. [28]

68. Beperkingen van het recht op eerbiediging van het gezinsleven dienen evenwel strikt te worden uitgelegd. In de onderhavige zaak gaat het om het criterium van de noodzaak van de inmenging en dan in de eerste plaats om de evenredigheid van de inmenging: hiervoor is een afweging tussen het particuliere belang en het openbare belang vereist, waarbij alle relevante omstandigheden van de zaak in aanmerking moeten worden genomen.

69. Het Hof heeft weliswaar tot taak de nationale rechter de aanwijzingen over de uitlegging te geven die nodig zijn voor de beslechting van het geding, maar het staat aan de nationale rechter om de in het geding zijnde feiten aan de hand van de door het Hof ontwikkelde criteria te kwalificeren. Dit geldt vooral met betrekking tot de bijzondere aard van de te verrichten toetsing. [29] De toepassing van de communautaire voorschriften en van de omzettingsbepalingen op een concrete casus blijft immers zaak van de nationale rechter.

70. Er zij op gewezen, dat het hoofdgeding niet over concrete feiten handelt, maar een algemene en abstracte nationale regeling tot voorwerp heeft. Om deze reden moet de toetsing aan het EVRM tot principiële aspecten worden beperkt.

71. De lidstaten dienen hun rechtsorde aldus in te richten, dat rekening kan worden gehouden met omstandigheden die in het kader van een onderzoek naar de evenredigheid van de inmenging in het recht op eerbiediging van het gezinsleven een rol spelen, zoals bijvoorbeeld de familiale en andere persoonlijke omstandigheden, of de redelijkheid van het vertrek voor een in de lidstaat wonende echtgenoot die uit een derde land afkomstig is. [30] Om rekening te houden met de collectieve aspecten van het recht op eerbiediging van het gezinsleven dienen naast de belangen van de rechtstreeks betrokkenen ook de belangen van andere gezinsleden in aanmerking te worden genomen.

28 — EHRM, arrest Ahmut v. Nederland van 28 november 1996, *Reports* 1996-VI, blz. 2031, § 63.

29 — Arrest van 14 december 2000, Fazenda Pública (C-446/98, Jurispr. blz. I-11435, punt 23).

30 — Zie hierover EHRM, arrest Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk, aangehaald in voetnoot 27.

72. Op de eerste prejudiciële vraag dient bijgevolg te worden geantwoord, dat artikel 3 van richtlijn 68/360, artikel 3 van richtlijn 73/148 en verordening nr. 2317/95 aldus dienen te worden uitgelegd, dat de lidstaten visumplichtige echtgenoten van burgers van de Gemeenschap, die de nationaliteit van een derde land hebben en proberen het grondgebied van een lidstaat binnen te komen zonder over een identiteitsbewijs of visum te beschikken, enkel dan kunnen terugwijzen indien dit met het recht op eerbiediging van het gezinsleven en inzonderheid met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar is.

VI — De tweede vraag (onregelmatige binnenkomst)

73. De tweede vraag heeft betrekking op de weigering van een verblijfsvergunning en de verwijdering van het grondgebied bij onwettige binnenkomst van een echtgenoot van een burger van de Unie met de nationaliteit van een derde land.

A — *Argumenten van partijen*

74. BRAX is van mening, dat naar Belgisch recht een onderdaan van een derde land die tijdens zijn illegaal verblijf in België met een Belgische onderdaan is gehuwd, naar zijn land van herkomst moet terugkeren om een visum te krijgen voor zijn verblijfsvergunning.

De Belgische regeling behandelt onderdanen van derde landen die in hun land van herkomst een visum hebben gekregen en een verblijfsvergunning aanvragen, anders dan onderdanen van derde landen die zonder visum een verblijfsvergunning aanvragen. BRAX betwijfelt, of deze verschillende behandeling van deze beide groepen gerechtvaardigd is, aangezien er in feite weinig verschil is tussen deze groepen. In het ene geval gaat het immers om onderdanen van derde landen die een visum hebben aangevraagd, zich in hun land van herkomst bevinden en België willen binnenkomen, terwijl het andere geval onderdanen van derde landen betreft, die onwettig in België verblijven — en zich dus reeds op het Belgische grondgebied bevinden —, daar gehuwd zijn en met hun partner reeds een gezin vormen.

75. De Belgische regering stelt dat artikel 4 van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 aldus dienen te worden uitgelegd, dat een lidstaat de echtgenoot van een burger van de Unie die de nationaliteit van een derde land heeft, de verblijfsvergunning kan weigeren en hem van het grondgebied kan verwijderen wanneer die echtgenoot op onwettige wijze het grondgebied is binnengekomen. Een andere uitlegging zou artikel 3 van richtlijn 68/360 en artikel 3 van richtlijn 73/148 hun betekenis en nuttig effect ontnemen.

Tot slot betoogt de Belgische regering, dat de verwijdering van het grondgebied vanuit het oogpunt van de op het spel staande belangen, te weten de openbare orde en de eerbiediging van het privé- en het gezinsleven, niet als onevenredig kan worden beschouwd.

76. De Oostenrijkse regering wijst erop dat zowel in het primair als in het afgeleid recht ook voor onderdanen van lidstaten is bepaald, dat hun verblijf op het grondgebied van een andere lidstaat kan worden beëindigd wanneer de voorwaarden voor verder verblijf niet of niet meer zijn vervuld. Uit de in dit opzicht relevante bepalingen van artikel 10 van richtlijn 68/360 en artikel 8 van richtlijn 73/148 kan worden afgeleid, dat de uitwijzing van een gezinslid met de nationaliteit van een derde land toelaatbaar is.

77. De Commissie meent dat een verblijfsvergunning volgens richtlijn 64/221 enkel om redenen van openbare orde en veiligheid kan worden geweigerd, en dat voor een dergelijke maatregel uitsluitend het persoonlijke gedrag van de betrokkene in aanmerking kan worden genomen. De onwettige binnenkomst op het grondgebied van een lidstaat kan niet systematisch als een bedreiging van de openbare orde worden beschouwd en het verblijfsrecht in het gedrang brengen. De lidstaten mogen evenwel evenredige sancties opleggen. De verwijdering van het grondgebied gekoppeld aan inhechtenisneming lijkt in ieder geval onevenredig.

B — *Beoordeling*

78. Om te beginnen zij erop gewezen, dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen verblijfsrecht en verblijfsvergunning. Het verblijfsrecht volgt uit artikel 4 van richtlijn 68/360, respectievelijk artikel 4 van richtlijn 73/148; de afgifte van een verblijfsvergunning daarentegen kan niet als een „rechtscheppende handeling" [31] van de lidstaten worden gekwalificeerd. Dit wil zeggen, dat zij niet constitutief kan zijn voor het ontstaan van het verblijfsrecht.

1. Weigering van verblijfsvergunning

79. Om te beginnen zij benadrukt, dat de tweede vraag het geval betreft dat de onderdaan van een derde land onwettig het land is binnengekomen.

80. Artikel 4 van richtlijn 68/360, respectievelijk artikel 6 van richtlijn 73/148 bepaalt, dat voor de afgifte van de verblijfsvergunning enkel de in deze bepaling vermelde documenten verlangd kunnen worden, zoals bijvoorbeeld het document waarmee de betrokken persoon het grondgebied is binnengekomen. Hieruit kan worden afgeleid, dat de lidstaten verplicht zijn een verblijfsvergunning af te leveren wanneer aan deze voorwaarden is voldaan.

31 — Arrest van 8 april 1976, Royer (48/75, Jurispr. blz. 497, punten 31-33).

81. Noch artikel 4 van richtlijn 68/360, respectievelijk artikelen 4 en 6 van richtlijn 73/148, noch artikel 3 van beide richtlijnen nemen in aanmerking, of de betrokkene al dan niet op onwettige wijze het land is binnengekomen. Hieruit moet worden geconcludeerd, dat de communautaire wetgever de afgifte van een verblijfsvergunning blijkbaar niet van deze omstandigheid afhankelijk heeft willen stellen.

82. De weigering van een verblijfsvergunning moet daarentegen als maatregel van openbare orde worden gekwalificeerd. Dergelijke maatregelen mogen volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 64/221 „uitsluitend berusten op het persoonlijke gedrag van de betrokkene". Een algemeen-abstracte nationale regeling, zoals de omzendbrief in casu, die niet op dwingende wijze een onderzoek van geval tot geval — dat wil zeggen het in aanmerking nemen van dergelijke factoren — waarborgt, en die bijvoorbeeld in het algemeen de weigering van de verblijfsvergunning bij onwettige binnenkomst oplegt, is dan ook ontoelaatbaar.

2. Verwijdering van het grondgebied

83. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 voorziet enkel voor het geval dat het identiteitsbewijs dat de binnenkomst en de afgifte van de verblijfsvergunning mogelijk maakt verlopen is, in een uitdrukkelijk verbod van verwijdering van het grondgebied.

84. Het met de tweede vraag bedoelde geval geldt echter reeds de onregelmatige binnenkomst. Dit geval is in artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 niet uitdrukkelijk behandeld. Hieruit zou a contrario kunnen worden afgeleid, dat de lidstaten in dergelijke gevallen tot verwijdering van het grondgebied bevoegd zijn.

85. Tegen deze redenering spreken evenwel de overige bepalingen van artikel 3 van richtlijn 64/221. Artikel 3, lid 3, moet immers allicht als lex specialis ten aanzien van het — algemene — gebod van artikel 3, lid 1, beschouwd worden. Sancties in geval van onregelmatige binnenkomst vallen bijgevolg, bij ontbreken van bijzonder voorschrift, onder de algemene bepaling van artikel 3, lid 1, van richtlijn 64/221.

86. De sanctie van verwijdering van het grondgebied vormt een maatregel van openbare orde in de zin van artikel 3, lid 1. Volgens dit voorschrift mogen dergelijke maatregelen echter uitsluitend berusten op het persoonlijke gedrag van de betrokkene. Dit betekent dus, dat een algemeen-abstracte nationale regeling, zoals de omzendbrief in casu, die niet op dwingende

wijze een onderzoek van geval tot geval — dat wil zeggen het in aanmerking nemen van dergelijke factoren — waarborgt, en die bijvoorbeeld in het algemeen de verwijdering van het grondgebied bij onwettige binnenkomst oplegt, ontoelaatbaar is.

87. Volgens het arrest van het Hof in de zaak Royer is een besluit tot verwijdering van een burger van de Unie van het grondgebied ontoelaatbaar „indien het uitsluitend zou zijn genomen op grond dat de betrokkene de wettelijke formaliteiten inzake het toezicht op vreemdelingen niet had vervuld of niet over een verblijfsvergunning beschikte". [32]

88. In het arrest in de zaak Pieck [33] heeft het Hof een aanbeveling tot uitzetting als ontoelaatbaar beoordeeld, ingeval een gemeenschapsonderdaan nalaat zich te voorzien van het in artikel 4 van richtlijn 68/360 bedoelde speciale verblijfsdocument.

89. De arresten in de zaken Royer en Pieck lijken in beginsel met betrekking tot de hier relevante aspecten te kunnen worden toegepast op begunstigde onderdanen van derde landen, zoals echtgenoten van burgers van de Unie.

90. Volgens vaste rechtspraak zijn echter andere sancties, zoals geldboeten en gevangenisstraffen, in beginsel toegelaten voor onwettige handelingen, met inbegrip van de schending van de voorschriften voor binnenkomst. Dit geldt evenwel onder de voorwaarde, dat de sancties evenredig [34] zijn, of — anders gezegd — „de toepassing van passende dwangmaatregelen bij nietnakoming" [35] vormen.

a) Non-discriminatiebeginsel

91. Met betrekking tot het non-discriminatiebeginsel in de zin van de algemene rechtsbeginselen zij — net als inzake de beantwoording van de eerste vraag — opgemerkt, dat een onderscheid voor de afgifte van een verblijfsvergunning naargelang de aanvrager al dan niet over een geldig visum beschikt, niet bij voorbaat als niet-objectief moet worden gekwalificeerd. Een gelijke behandeling van deze beide categorieën is dus niet automatisch geboden.

32 — Arrest Royer, aangehaald in voetnoot 31, punten 38-40.

33 — Arrest van 3 juli 1980 (157/79, Jurispr. blz. 2171, punt 20).

34 — Arrest van 7 juli 1976, Watson en Belmann (118/75, Jurispr. blz. 1185, punten 21-22).

35 — Arrest van 14 juli 1977, Sagulo e.a. (8/77, Jurispr. blz. 1495, punt 6).

b) Recht op eerbiediging van het gezinsleven en evenredigheidsbeginsel

92. Ook in verband met het antwoord op de tweede vraag moet de nadruk worden gelegd op het algemene karakter van het geschil in het hoofdgeding, en op het feit dat de opdracht van het Hof erin bestaat de verwijzende rechter slechts aanwijzingen te geven over de uitlegging van het gemeenschapsrecht die nodig zijn voor de beslechting van het geschil. Hieruit volgt dat vooral de uitlegging op grond van het EVRM tot principiële aspecten moet worden beperkt. De toepassing van de gemeenschapsrechtelijke voorschriften en van de nationale omzettingsbepalingen op een concrete casus blijft zaak van de nationale rechter.

93. Zoals reeds gesteld, moet ervan worden uitgegaan dat de weigering van de verblijfsvergunning voor de echtgenoot van een burger van de Unie en diens verwijdering van het grondgebied een inmenging in het recht op eerbiediging van het gezinsleven vormt.

94. Een dergelijke inmenging is enkel onder de reeds vermelde en eveneens strikt uit te leggen voorwaarden van artikel 8, lid 2, EVRM toelaatbaar; de lidstaten beschikken hierbij over een zekere beoordelingsmarge.

95. Bij de afweging van particulier en openbaar belang voor de evenredigheidscontrole dienen alle relevante omstandigheden van het individuele geval in aanmerking te worden genomen.

96. In het onderhavige geval moet tevens rekening worden gehouden met het feit dat de betrokken onderdaan van een derde land voorschriften inzake vreemdelingenrecht heeft geschonden.

97. Op de tweede vraag dient bijgevolg te worden geantwoord, dat artikel 4 van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 in samenhang met artikel 3 van de genoemde richtlijnen en artikel 3 van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat de lidstaten de echtgenoot van een burger van de Unie die op onregelmatige wijze het grondgebied is binnengekomen, enkel dan een verblijfsvergunning mogen weigeren en van het grondgebied mogen verwijderen, indien dit met het recht op eerbiediging van het gezinsleven en inzonderheid met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar is.

VII — Derde vraag (regelmatige binnenkomst, verlopen van het visum)

98. De derde vraag betreft de weigering van het verblijfsrecht en de verwijdering

van het grondgebied van een echtgenoot van een burger van de Unie met de nationaliteit van een derde land die op regelmatige wijze het land is binnengekomen en wiens visum op het ogenblik dat hij om afgifte van de verblijfsvergunning verzoekt, verlopen is.

A — *Argumenten van partijen*

99. BRAX stelt dat het verlopen van het visum niet de verwijdering van het grondgebied van een lidstaat kan rechtvaardigen zoals voorgeschreven is in artikel 4 van de omzendbrief. Artikel 4 van richtlijn 68/360 vereist immers niet dat de documenten op grond waarvan de binnenkomst wordt toegestaan, nog steeds geldig zijn.

100. Volgens de Belgische regering volgt het antwoord op deze vraag duidelijk uit het bepaalde in artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221. Volgens deze bepaling kan het document dat de toelating in het ontvangende land mogelijk maakt, voor de echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat enkel het bij de aanvraag van de verblijfsvergunning over te leggen identiteitsbewijs met geldig visum zijn. Het verlopen daarvan na afgifte van de verblijfsvergunning op grond van de overlegging van een identiteitsbewijs met geldig visum daarentegen kan de verwijdering van het grondgebied van de lidstaat niet rechtvaardigen.

101. Volgens de Oostenrijkse regering vormt het verlopen van het visum in het binnenland na wettige binnenkomst van een buitenlandse echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat geen toepassing van artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221. Bijgevolg rijst ook niet de vraag naar de rechtvaardiging van een verwijdering van het grondgebied. Het verlopen van het visum rechtvaardigt de weigering van een verblijfsvergunning.

102. Volgens de Commissie berust het antwoord op deze vraag op dezelfde premissen als in het geval van onwettige binnenkomst. Op grond van de gezinsband met een onderdaan van een lidstaat dienen richtlijnen 68/380 en 73/148, evenals het arrest Royer[36] te worden toegepast. De Commissie leidt hieruit af, dat het verlopen van een visum na binnenkomst in beginsel de weigering van de verblijfsvergunning niet rechtvaardigt. Het ontbreken van deze formele vereiste verandert niets aan de geldigheid van het identiteitsbewijs voor de afgifte van een verblijfsvergunning. Dit wordt verder door artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 bevestigd. Volgens de Commissie beklemtoont de gemeenschapswetgever aldus de inhoudelijke kant van deze formaliteit en niet louter de vorm. Dat deze bepaling enkel de gevolgen van het verlopen van een identiteitsbewijs regelt en niet die van het verlopen van een visum, doet hieraan niet af.

36 — Aangehaald in voetnoot 31.

B — *Beoordeling*

1. Weigering van de verblijfsvergunning

103. De door de betrokkenen aangevoerde bepaling van artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 regelt weliswaar de gevolgen van het verlopen van het *identiteitsbewijs*; dit voorschrift heeft echter betrekking op omstandigheden die op twee punten verschillen van de aan de derde vraag ten grondslag liggende omstandigheden. Om te beginnen heeft de vraag betrekking op de omstandigheid dat een *visum* verloopt, en niet het document dat de toelating in het land mogelijk heeft gemaakt. Verder regelt artikel 3, lid 3, de omstandigheid dat de documenten *na afgifte* van de verblijfsvergunning verlopen: de derde vraag daarentegen heeft betrekking op de omstandigheid, dat het visum reeds *vóór de aanvraag* van de verblijfsvergunning verlopen is.

104. Bijgevolg kan artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 ook enkel de verwijdering van het grondgebied regelen en niet de afgifte van de verblijfsvergunning.

105. Het antwoord op de vraag, of de lidstaten voor de afgifte van de verblijfsvergunning kunnen verlangen dat een geldig visum wordt overgelegd, kan eerder worden afgeleid uit de gemeenschapsrechtelijke voorschriften waarin de voorwaarden voor afgifte van een verblijfsvergunning uitdrukkelijk zijn vermeld.

106. De formele voorwaarden voor de afgifte van een verblijfsvergunning zijn in artikel 4, lid 3, van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 geregeld.

107. Dienovereenkomstig mogen de lidstaten van de aanvrager slechts de overlegging verlangen van het document waarmee hij hun grondgebied is binnengekomen, een bewijs van de verwantschap en — op grond van richtlijn 68/360 voor bepaalde gezinsleden — een verklaring dat zij ten laste komen van of samenwonen met de werknemer.

108. Van een visum is in deze bepalingen geen sprake meer, en dus is ook niet bepaald of het visum nog geldig moet zijn.

109. Dat een geldig visum geen voorwaarde kan zijn, volgt uit een vergelijking met het bepaalde in artikel 3 van richtlijn 68/360 en artikel 3 van richtlijn 73/148 betreffende de voorwaarden voor binnenkomst: daarin is het visumvereiste immers uitdrukkelijk vermeld.

110. Voor het overige lijkt een visum, gelet op de informatieve inhoud van de documenten waarvan overlegging kan worden gevorderd voor de afgifte van een verblijfsvergunning, ook niet onmisbaar: de in artikel 4, lid 3, van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 vermelde documenten volstaan immers voor de lidstaten om inzonderheid identiteit en nationaliteit van de betrokken personen te kunnen vaststellen.

111. Bovendien bevat het identiteitsbewijs waarmee een onderdaan van een derde land het grondgebied is binnengekomen, ook het — zij het inmiddels verlopen — visum.

112. De verblijfsvergunning mag dus bij regelmatige binnenkomst niet worden geweigerd op de enkele grond dat het visum verlopen is.

2. Verwijdering van het grondgebied

113. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 voorziet enkel bij het verlopen van het identiteitsbewijs dat de binnenkomst en de afgifte van de verblijfsvergunning mogelijk heeft gemaakt, in een uitdrukkelijk verbod op verwijdering van het grondgebied.

114. Het in de derde vraag bedoelde geval betreft daarentegen het verlopen van het visum vóór de aanvraag. Aangezien het hier een sanctie wegens schending van een voorschrift inzake vreemdelingenrecht betreft en dit niet uitdrukkelijk in artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 is geregeld, moet voor de beantwoording van de derde vraag met betrekking tot de verwijdering van het grondgebied op dezelfde wijze als voor de tweede vraag worden geredeneerd.

115. Bij ontbreken van bijzondere bepalingen valt het geval van een aldus verlopen visum eveneens onder de algemene bepalingen van artikel 3, lid 1, van richtlijn 64/221. Dienaangaande moet naar de overwegingen inzake de tweede vraag worden verwezen.

116. Volgens het arrest van het Hof in de zaak Royer, dat met betrekking tot de hier relevante aspecten in beginsel van overeenkomstige toepassing is op onderdanen van derde landen, is het de lidstaten verboden de sanctie van verwijdering van het grondgebied te verbinden met „de veronachtzaming van de nationale voorschriften inzake het toezicht op vreemdelingen". [37]

117. Met de veronachtzaming van de in casu ter discussie staande voorschriften inzake vreemdelingenrecht kunnen echter „alle passende sancties [...] teneinde de

37 — Arrest Royer, aangehaald in voetnoot 31, punten 41-42.

doeltreffendheid dier bepalingen te verzekeren" [38] worden verbonden. Als sanctie komt evenwel enkel de „toepassing van passende dwangmaatregelen bij niet-nakoming" [39] in aanmerking.

118. Dit betekent dat bij verblijf op het grondgebied na verlopen van het visum enkel een passende sanctie kan worden opgelegd, echter niet de verwijdering van het grondgebied.

119. Op de derde vraag dient dus te worden geantwoord, dat de artikelen 3 en 4, lid 3, van richtlijn 68/360, de artikelen 3 en 6 van richtlijn 73/148, en artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat de lidstaten de echtgenoot van een burger van de Gemeenschap, die de nationaliteit van een derde land heeft, op regelmatige wijze het land is binnengekomen, en wiens visum op het ogenblik van de aanvraag van de verblijfsvergunning verlopen is, deze vergunning niet mogen weigeren en de betrokkene evenmin van het grondgebied mogen verwijderen.

VIII — De vierde vraag (rechtsbescherming)

120. De vierde vraag heeft betrekking op de rechtsbescherming van een echtgenoot van een burger van de Gemeenschap met de nationaliteit van een derde land.

A — *Argumenten van partijen*

121. BRAX betoogt, dat de huidige Belgische administratieve praktijk geen rekening houdt met de communautaire richtlijnen, noch met artikel 44 van de wet van 15 oktober 1980. De echtgenoten van onderdanen van een lidstaat met de nationaliteit van een derde land kunnen namelijk geen verzoek tot herziening op grond van de artikelen 44 en 66 van deze wet indienen. Zij kunnen enkel bij de Raad van State een beroep tot schorsing of nietigverklaring van het hen betreffende besluit instellen. Deze kan enkel de wettigheid maar niet de opportuniteit van het besluit met inachtneming van de omstandigheden van het concrete geval onderzoeken. Telkens wanneer een uit het gemeenschapsrecht afgeleid recht wordt bedreigd, dient evenwel een afdoend rechtsmiddel ter beschikking te staan.

Wat de toepassing van de in artikel 9 van richtlijn 64/221 opgenomen beroepsmogelijkheden betreft, verwijst BRAX naar het arrest in de gevoegde zaken Shingara en Radiom. [40]

122. Volgens de Belgische regering zijn de artikelen 8 en 9 van richtlijn 64/221 niet

38 — Ibidem.

39 — Arrest Sagulo e.a., aangehaald in voetnoot 35, punt 6.

40 — Arrest van 17 juni 1997 (C-65/95 en C-111/95, Jurispr. blz. I-3343).

van toepassing op personen die niet op regelmatige wijze het land zijn binnengekomen.

123. De Oostenrijkse regering betoogt onder verwijzing naar de arresten van het Hof in de zaak Royer en Santillo[41], dat — behoudens in dringende gevallen — een besluit tot verwijdering van het grondgebied ten aanzien van een door het gemeenschapsrecht beschermde persoon niet kan worden uitgevoerd vooraleer de betrokkene de mogelijkheid heeft gehad de op grond van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 64/221 gewaarborgde beroepsmogelijkheden uit te putten.

Indien de echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat de voorwaarden voor binnenkomst niet vervult, zijn de artikelen 8 en 9 van richtlijn 64/221 niet van toepassing. Bijgevolg kan een dergelijke persoon zich ook niet tot de bevoegde instantie in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 wenden.

Anders is het echter bij het verlopen van het identiteitsbewijs op grond waarvan de binnenkomst en de verblijfsvergunning zijn toegestaan. In dit geval is de verwijdering van het grondgebied niet gerechtvaardigd, en heeft de betrokkene de garantie van de beroepsmogelijkheden, aangezien de richtlijn zonder beperking op hem van toepassing is.

41 — Arrest van 22 mei 1980 (131/79, Jurispr. blz. 1585).

124. De Commissie is van mening, dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 64/221 ook van toepassing is op onderdanen van derde landen die gezinsleden zijn van een onderdaan van een lidstaat. Indien de gezinsband vaststaat, hebben deze personen ook dan recht op de beroepsmogelijkheden van artikel 9, lid 2, van richtlijn 64/221 wanneer hun visum verlopen is.

Indien daarentegen geen identiteitsbewijs kan worden overgelegd, dient te worden verwezen naar het volgens de Commissie op de eerste vraag te geven antwoord. Om aanspraak te maken op de in het gemeenschapsrecht verankerde rechten is het immers noodzakelijk, dat de status van echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat met de nationaliteit van een derde land kan worden vastgesteld.

B — *Beoordeling*

125. Zoals volgt uit de tekst van artikel 9, lid 2, van richtlijn 64/221 waarvan om uitlegging wordt verzocht, heeft de vierde vraag betrekking op de toetsing van „besluiten tot weigering van afgifte van de eerste verblijfsvergunning" en van „besluiten tot verwijdering van het grondgebied" door een andere instantie dan de administratieve overheid. Meer bepaald is hier de vraag aan de orde van de actieve legitima-

tie, anders gezegd de vraag wie gerechtigd is dergelijke toetsing te vorderen.

126. In de vraag worden op basis van de omstandigheden waarin de verzoeker zich bevindt, vier situaties onderscheiden: geen identiteitsbewijs, geen visum, verlopen identiteitsbewijs, verlopen visum. Wat het voorwerp van de toetsing betreft, heeft de vraag betrekking op twee verschillende feiten: aanvraag van de eerste verblijfsvergunning, en verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte ervan. In totaal omvat de vraag dus acht verschillende gevallen.

127. Om te beginnen dient erop te worden gewezen, dat het bepaalde in artikel 9, lid 2, van richtlijn 64/221 uitdrukkelijk geldt voor „besluiten tot weigering van afgifte van de eerste verblijfsvergunning" zowel als voor „besluiten tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een dergelijk document". Wat de materiële werkingssfeer van de door richtlijn 64/221 voorgeschreven controleplicht betreft, zijn er in het kader van de vierde vraag dus geen interpretatieproblemen.

128. Artikel 9, lid 2, van de richtlijn bevat daarentegen geen nadere omschrijving van de groep personen die gerechtigd is om een verzoek in te dienen, maar spreekt enkel van de „betrokkene".

129. Aangezien de personele werkingssfeer van het in artikel 9, lid 2, van de richtlijn geregelde recht om een verzoek in te dienen dus niet in bijzondere bepalingen is vastgelegd, dient te worden teruggegrepen naar de algemene bepaling over de personele werkingssfeer van de richtlijn.

130. Volgens artikel 1, lid 2, van richtlijn 64/221 zijn de bepalingen van de richtlijn eveneens van toepassing op de echtgenoot en de gezinsleden die voldoen aan de voorwaarden van de verordeningen en richtlijnen die op dit gebied krachtens het Verdrag zijn vastgesteld. De voorwaarden volgens welke de in casu betrokken gezinsleden binnen de werkingssfeer van richtlijn 64/221 vallen, volgen dus tevens uit het primaire recht en uit andere voorschriften van afgeleid recht dan richtlijn 64/221 zelf.

131. Het zou evenwel verkeerd zijn om, zoals de Belgische regering, uit de formulering „voldoen aan de voorwaarden" af te leiden, dat enkel de personen die aan alle voorwaarden voor binnenkomst en verblijf voldoen, het recht hebben om een verzoek in te dienen. En het zou eveneens verkeerd zijn de vierde vraag te beperken tot het geval van onwettige binnenkomst, en de onderdaan van een derde land die reeds op onwettige wijze is binnengekomen bijgevolg geen recht toe te kennen om een verzoek in te dienen.

132. Voor een ruime uitlegging van de personele werkingssfeer van het recht om

een verzoek in te dienen pleit reeds de formulering: artikel 9, lid 2, van richtlijn 64/1221 spreekt van de „betrokkene", zonder verdere voorwaarden op te leggen. De rechtspraak van het Hof sluit zich hierbij aan, wanneer zij ervan uitgaat, dat artikel 9, lid 2, bepaalt dat „besluiten [...] op verzoek van betrokkene aan de bevoegde instantie ter behandeling [worden] voorgelegd". [42]

133. Dat het recht om een verzoek in te dienen niet in alle in de prejudiciële vraag aangevoerde situaties kan afhangen van het voldoen aan de voorwaarden voor toegang en voor afgifte van de verblijfsvergunning, blijkt uit de twee volgende hypothetische gevallen.

134. Het eerste geval betreft de afgifte van de eerste verblijfsvergunning. Indien de afgifte van een dergelijke verblijfsvergunning aan een onderdaan van een derde land wordt geweigerd omdat de overheidsinstantie er verkeerdelijk van uitgaat dat de verwantschap niet is aangetoond, dan zou de betrokken onderdaan van een derde land niet kunnen laten toetsen of de door hem overgelegde verklaring niet toch een gepast bewijs vormt, wanneer zijn identiteitsbewijs na binnenkomst in het land verlopen is.

135. Het tweede geval betreft de verwijdering van het grondgebied. Indien het identiteitsbewijs van een onderdaan van een derde land verloopt en de lidstaat de verwijdering van het grondgebied gelast, kan dit strijdig zijn met het verbod van artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221. De betrokkene in een dergelijk geval het recht op toetsing van het verwijderingsbesluit ontnemen, zou ertoe leiden dat net één van de meest ingrijpende maatregelen aan controle ontsnapt.

136. De onhoudbaarheid van de zienswijze van de Belgische regering, dat onderdanen van derde landen slechts een verzoek kunnen indienen wanneer zij aan alle voorwaarden voor binnenkomst en verblijf voldoen, wordt nog duidelijker wanneer inhoudelijk moet worden gecontroleerd of een van de voorwaarden voor de afgifte van de verblijfsvergunning al of niet vervuld is. Een dergelijke inhoudelijke toetsing zou echter wegens het ontbreken van formele voorwaarden helemaal niet meer kunnen worden doorgevoerd. Indien dus het recht om een verzoek in te dienen in alle in de vraag vermelde gevallen wordt ontkend, zou meteen de inhoudelijke toetsing worden uitgesloten.

137. Artikel 9, lid 2, van richtlijn 64/221 verzet zich echter tegen een uitsluiting van het recht om in alle gevallen een verzoek in te dienen: uit deze bepaling kan immers niet worden afgeleid, dat toetsing met betrekking tot bepaalde aspecten van de erin vermelde besluiten kan worden uitgesloten.

138. Volledigheidshalve zij er hier echter nogmaals op gewezen, dat met het ont-

42 — Arrest van 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille (115/81 en 116/81, Jurispr. blz. 1665, punt 15).

breken van een identiteitsbewijs of visum of het verlopen van een identiteitsbewijs of visum in een procedure met betrekking tot de afgifte van een eerste verblijfsvergunning of met betrekking tot de verwijdering van het grondgebied, onder voorbehoud van de met betrekking tot de andere prejudiciële vragen geformuleerde overwegingen, in ieder geval rekening mag worden gehouden, of dat hieraan sancties kunnen worden verbonden.

139. De vraag, welke *juridische* consequentie aan het ontbreken van een identiteitsbewijs of visum of het verlopen van een identiteitsbewijs of visum moet worden verbonden, moet het voorwerp van de toetsingsprocedure uitmaken. Daarover dient dus pas bij de beoordeling ten gronde en niet bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzoek te worden beslist.

140. De uitsluiting van het recht om een verzoek in te dienen wanneer een identiteitsbewijs of visum ontbreekt of een identiteitsbewijs of visum verlopen is, zou afbreuk doen aan de door deze bepaling voorgeschreven minimale procedurele waarborgen. [43]

141. Voor een niet te strenge opvatting van de voorwaarden voor het recht om een verzoek in te dienen pleiten verder ook de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van het EVRM.

142. Aangezien richtlijn 64/221 aan onderdanen van derde landen rechten toekent, geldt ook hiervoor het vereiste van een rechterlijke toetsing van alle desbetreffende besluiten van een nationale overheidsinstantie, zoals dit in de artikelen 6 en 13 van het EVRM is neergelegd. [44]

143. Het rechtsbeginsel van een rechterlijke toetsing [45] houdt immers in, dat de „toegekende rechten door de betrokkenen daadwerkelijk [...] kunnen worden ingeroepen". [46]

144. Voor een ruime uitlegging van de personele werkingssfeer van het recht om een verzoek in te dienen pleit ten slotte het inmiddels tot de vaste rechtspraak van het Hof behorende rechtsbeginsel, dat de procedures die de bescherming van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten moeten garanderen, de uitoefening ervan in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. [47] Dit zou echter wél het geval zijn, indien aan het in casu ter discussie staande recht om een verzoek in te dienen te strenge voorwaarden zouden worden gesteld.

43 — Arrest Adoui en Cornuaille, aangehaald in voetnoot 42, punt 15, en arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 62).

44 — Zie arrest van 11 januari 2001, Siples (C-226/99, Jurispr. blz. I-277, punt 17), en de daarin aangehaalde rechtspraak.

45 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18).

46 — Arresten van 22 september 1998, Coote (C-185/97, Jurispr. blz. I-5199, punt 20), en 2 augustus 1993, Marshall (C-271/91, Jurispr. blz. I-4367, punt 22).

47 — Zie arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 85), en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5), en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043, punten 12-16).

145. Op de vierde vraag moet bijgevolg worden geantwoord, dat de artikelen 1 en 9, lid 2, van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat echtgenoten van burgers van de Gemeenschap met de nationaliteit van een derde land, die geen identiteitsbewijs of visum bezitten of wier identiteitsbewijs of visum verlopen is, zich tot de bevoegde instantie in de zin van artikel 9, lid 1, kunnen wenden wanneer zij om afgifte van een eerste verblijfsvergunning verzoeken of vóór de afgifte ervan van het grondgebied worden verwijderd, wanneer zij aantonen dat zij tot de binnen de werkingssfeer van richtlijn 64/221 vallende groep van personen behoren. De lidstaten dienen daarbij aldus te handelen, dat de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.

IX — Conclusie

146. Op grond van deze overwegingen geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Op de eerste vraag dient te worden geantwoord, dat artikel 3 van richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap, artikel 3 van richtlijn 73/148/EEG van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de lidstaten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten, en verordening (EG) nr. 2317/95 van de Raad van 25 september 1995 ter bepaling van de derde staten waarvan de onderdanen bij over-

schrijding van de buitengrenzen van de lidstaten in het bezit moeten zijn van een visum, aldus dienen te worden uitgelegd, dat de lidstaten visumplichtige echtgenoten van burgers van de Gemeenschap, die de nationaliteit van een derde land hebben en proberen het grondgebied van een lidstaat binnen te komen zonder over een identiteitsbewijs of visum te beschikken, enkel dan kunnen terugwijzen indien dit met het recht op eerbiediging van het gezinsleven en inzonderheid met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar is.

2) Op de tweede vraag dient te worden geantwoord, dat artikel 4 van richtlijn 68/360 en artikel 6 van richtlijn 73/148 in samenhang met artikel 3 van de genoemde richtlijnen en artikel 3 van richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, aldus moeten worden uitgelegd, dat de lidstaten de echtgenoot van een burger van de Gemeenschap, die de nationaliteit van een derde land heeft en op onregelmatige wijze het grondgebied is binnengekomen, enkel dan een verblijfsvergunning mogen weigeren en van het grondgebied mogen verwijderen, indien dit met het recht op eerbiediging van het gezinsleven en inzonderheid met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar is.

3) Op de derde vraag dient te worden geantwoord, dat de artikelen 3 en 4, lid 3, van richtlijn 68/360, de artikelen 3 en 6 van richtlijn 73/148 en artikel 3, lid 3, van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat de lidstaten de echtgenoot van een burger van de Gemeenschap, die de nationaliteit van een derde land heeft, op regelmatige wijze het land is binnengekomen, en wiens visum op het ogenblik van de aanvraag van de verblijfsvergunning verlopen is, deze vergunning niet mogen weigeren en de betrokkene evenmin van het grondgebied mogen verwijderen.

4) Op de vierde vraag dient te worden geantwoord, dat de artikelen 1 en 9, lid 2, van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat echtgenoten van burgers van de Gemeenschap met de nationaliteit van een derde land, die geen identiteitsbewijs of visum bezitten of wier identiteitsbewijs of visum verlopen is, zich tot de bevoegde instantie in de zin van artikel 9, lid 1, kunnen wenden wanneer zij om afgifte van een eerste verblijfsvergunning verzoeken of vóór de afgifte ervan van het grondgebied worden verwijderd, wanneer zij aantonen dat zij tot de binnen de werkingssfeer van richtlijn 64/221 vallende groep van personen behoren. De lidstaten dienen daarbij aldus te handelen, dat de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt."