Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 10 april 2018 [1]

Zaak C-89/17

Secretary of State for the Home Department
tegen
Rozanne Banger

[verzoek van de Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (rechter in tweede aanleg in immigratie- en asielzaken, Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Burgerschap van de Unie – Artikel 21 VWEU – Terugkeer van een burger van de Unie naar de lidstaat van zijn nationaliteit nadat die burger in een andere lidstaat rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend – Verblijfsrecht van een derdelander die een familielid in ruime zin van een burger van de Unie is – Analoge toepassing van richtlijn 2004/38/EG – Artikel 3, lid 2, onder b) – Verplichting om overeenkomstig nationaal recht binnenkomst en verblijf te vergemakkelijken van de partner met wie de burger van de Unie een duurzame relatie heeft – Recht van beroep – Omvang van de ‚judicial review' – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie"

I. Inleiding

1. Rozanne Banger komt uit Zuid-Afrika. Haar partner Philip Rado is onderdaan van het Verenigd Koninkrijk. Zij hebben samengeleefd in Nederland, waar aan Banger een verblijfskaart als de ongehuwde partner van een burger van de Unie is afgegeven.

2. Banger kreeg in Nederland een verblijfskaart op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38/EG [2], waarin is bepaald dat het *gastland* overeenkomstig zijn nationaal recht binnenkomst en verblijf *vergemakkelijkt* van bepaalde personen die geen „familielid" in de zin van artikel 2, lid 2, van die richtlijn zijn. Tot die personen behoort ook de partner met wie de burger van de Unie een bewezen duurzame relatie heeft.

3. Het paar is later verhuisd naar het Verenigd Koninkrijk, waar de bevoegde autoriteiten Bangers aanvraag om afgifte van een verblijfskaart hebben afgewezen omdat zij niet met haar partner getrouwd was.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PB 2004, L 158, blz. 77, met rectificaties in PB 2004, L 229, blz. 35, en PB 2007, L 204, blz. 28; hierna: „richtlijn 2004/38" of „richtlijn").

4. Ook in het Verenigd Koninkrijk bestaat een regeling die uitvoering geeft aan artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38. Omdat deze lidstaat de *lidstaat van herkomst* van Rado is, kon Banger echter niet van die regeling profiteren, die namelijk uitsluitend van toepassing is op „familieleden in ruime zin" van burgers van de Unie *uit andere lidstaten*, en niet op „familieleden in ruime zin" van onderdanen van het Verenigd Koninkrijk die naar deze lidstaat terugkeren nadat zij in een andere lidstaat hun verblijfsrecht hebben uitgeoefend.

5. In deze context legt de Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (rechter in tweede aanleg in immigratie- en asielzaken, Verenigd Koninkrijk) het Hof vragen voor over in wezen twee kwesties.

6. Ten eerste: zijn de lidstaten verplicht om een verblijfsvergunning *af te geven* aan, dan wel om het verblijf te *vergemakkelijken* van de ongehuwde partner van een burger van de Unie, die deze burger van de Unie begeleidt wanneer hij terugkeert naar zijn lidstaat van herkomst? Indien dat het geval is, wenst de verwijzende rechter nog te vernemen of een dergelijke verplichting dan voortvloeit uit richtlijn 2004/38 dan wel uit de beginselen die het Hof heeft geformuleerd in het arrest Singh.[3]

7. Ten tweede wenst de verwijzende rechter te vernemen wat de omvang is van de rechterlijke bescherming die volgens het Unierecht moet worden geboden in door artikel 3, lid 2, van de richtlijn bestreken situaties, en wel in de specifieke context van het recht van Engeland en Wales, dat al naargelang het type vordering in verschillende vormen van rechterlijke bescherming voorziet, namelijk een „appeal"-procedure (beroep in volle omvang) en „judicial review" (toetsing op rechtmatigheid en rechtsbevoegdheid). In de omstandigheden van de onderhavige zaak, waarin de klagende partij „een familielid in ruime zin" is, staat uitsluitend de weg van „judicial review" open.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

8. In overweging 6 van richtlijn 2004/38 staat te lezen:

„Teneinde de eenheid van het gezin in een verruimde betekenis te handhaven en onverminderd het verbod van discriminatie om reden van nationaliteit, dient het gastland de positie te onderzoeken van personen die niet onder de in deze richtlijn gehanteerde definitie van ‚familieleden' vallen en die derhalve niet automatisch een recht van inreis en verblijf in het gastland genieten op grond van hun nationale wetgeving, om na te gaan of inreis en verblijf desondanks niet aan deze personen kan worden toegekend, rekening houdend met hun relatie met de burger van de Unie of andere omstandigheden, zoals het feit dat zij van deze financieel of lichamelijk afhankelijk zijn."

9. Artikel 2 van richtlijn 2004/38 bevat de volgende definities:

„1. ‚burger van de Unie': eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit;

2. ‚familielid':

a) de echtgenoot;

3 Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296). Zie ook arresten van 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), en 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voor zover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijkstelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

[…]

3) ‚gastland': de lidstaat waarheen de burger zich begeeft om zijn recht van vrij verkeer of verblijf uit te oefenen."

10. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.

2. Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

[…]

b) de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft.

Het gastland onderzoekt de persoonlijke situatie nauwkeurig en motiveert een eventuele weigering van toegang of verblijf."

11. Volgens artikel 15, lid 1, van de richtlijn zijn „[d]e procedures van de artikelen 30 en 31 […] van overeenkomstige toepassing op besluiten ter beperking van het vrij verkeer van burgers van de Unie of hun familieleden die worden genomen om andere redenen dan openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid".

12. Artikel 31 van de richtlijn luidt:

„1. In geval van besluit tot verwijdering om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid heeft de betrokkene in het gastland toegang tot gerechtelijke en in voorkomend geval administratieve rechtsmiddelen om tegen het besluit beroep in te stellen.

[…]

3. De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.

[…]"

B. Recht van het Verenigd Koninkrijk

13. Richtlijn 2004/38 is in het recht van het Verenigd Koninkrijk omgezet bij de Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 [SI 2006/1003] [regeling van 2006 inzake immigratie (Europese Economische Ruimte); hierna: „EEA Regulations"].

14. Regulation 8 van de EEA Regulations bevat bepalingen over „familieleden in ruime zin”:

„1) Voor de toepassing van deze Regulations wordt als ‚familielid in ruime zin' beschouwd eenieder die geen familielid is van een EER-burger in de zin van regulation 7, lid 1, onder a), b), of c), en die aan de voorwaarden van de leden 2, 3, 4 of 5 voldoet.

[…]

5) Een persoon voldoet aan de in het onderhavige lid gestelde voorwaarde wanneer hij de (niet-geregistreerde) partner is van een EER-burger en genoegzaam kan aantonen dat hij een duurzame relatie met de EER-burger heeft.

6) Voor de toepassing van deze Regulations wordt onder ‚betrokken EER-burger' in relatie tot een familielid in ruime zin de EER-burger verstaan die verwant is of wiens echtgenoot of geregistreerde partner verwant is aan het familielid in ruime zin in de zin van de leden 2, 3 of 4, of de EER-burger die de partner is van het familielid in ruime zin in de zin van lid 5.”

15. Regulation 9 van de EEA Regulations, in de versie die kennelijk van toepassing was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, bevat de volgende bepalingen met betrekking tot familieleden van onderdanen van het Verenigd Koninkrijk:

„1) Indien aan de in lid 2 genoemde voorwaarden wordt voldaan, zijn deze Regulations op een persoon die een familielid is van een Brits staatsburger van toepassing als ware de Britse staatsburger een EER-burger.

2) De voorwaarden zijn dat

a) de Britse staatsburger als werknemer of als zelfstandige in een EER-staat verblijft dan wel aldaar heeft verbleven alvorens naar het Verenigd Koninkrijk terug te keren, en

(b) indien het familielid van de Britse staatsburger diens echtgenoot of geregistreerd partner is, de partners samenleven in de EER-staat dan wel aldaar een huwelijk of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan en hebben samengeleefd vóór de terugkeer van de Britse staatsburger naar het Verenigd Koninkrijk.

[…]”

III. Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

16. Banger heeft de Zuid-Afrikaanse nationaliteit. Haar partner Rado is onderdaan van het Verenigd Koninkrijk. Van 2008 tot 2010 hebben zij samengeleefd in Zuid-Afrika. In mei 2010 zijn zij verhuisd naar Nederland, waar Rado een betrekking had aanvaard. De Nederlandse autoriteiten hebben aan Banger een verblijfskaart als familielid in ruime zin van een burger van de Unie verstrekt op grond van de nationale bepalingen tot omzetting van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38.

17. In 2013 is het paar verhuisd naar het Verenigd Koninkrijk, waar Bangers aanvraag om afgifte van een verblijfskaart door de Secretary of State for the Home Department (minister van Binnenlandse Zaken, Verenigd Koninkrijk; hierna: „minister”) werd afgewezen omdat Banger niet met Rado getrouwd was. Dat besluit was gebaseerd op regulation 9 van de EEA Regulations, dat de rechten regelt van familieleden van onderdanen van het Verenigd Koninkrijk die naar deze lidstaat terugkeren nadat zij rechten van vrij verkeer hebben uitgeoefend. Volgens het door de minister op grond van die bepaling vastgestelde besluit moet de aanvrager ofwel de echtgenoot, ofwel de geregistreerd partner van een

Brits staatsburger zijn om als familielid van een Brits staatsburger te worden gekwalificeerd.[4]

18. Banger is tegen die beslissing in beroep gegaan bij de First-tier Tribunal (rechter in eerste aanleg), die heeft geoordeeld dat Banger, als de uit een derde land afkomstige partner van een Brits staatsburger die naar zijn lidstaat van herkomst terugkeerde na zijn rechten van vrij verkeer te hebben uitgeoefend, de voordelen genoot die voortvloeien uit het arrest Singh.[5]

19. Aan de minister is toestemming verleend om hoger beroep in te stellen bij de Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (de verwijzende rechter) op grond dat de rechter in eerste aanleg blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De verwijzende rechter onderstreept het belang van het arrest Singh[6] voor het hoofdgeding. Hij merkt op dat het enige verschil met die zaak is dat Banger en Rado ongetrouwd waren, terwijl de heer en mevrouw Singh wel waren getrouwd. Hoewel de verwijzende rechter meent dat het een „relatief kleine stap" zou zijn om de Singh-rechtspraak op de onderhavige situatie toe te passen, heeft hij twijfels omtrent de rechtsgrondslag voor een dergelijke uitbreiding. Hij wijst ook op het bijzondere karakter van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, in zoverre de in deze bepaling bedoelde personen geen aanspraak kunnen maken op een verblijfsrecht. Daarnaast laat de bepaling de lidstaten duidelijk een beoordelingsmarge, zodat de relevante wetgeving per lidstaat kan verschillen.

20. In deze omstandigheden heeft de Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is een lidstaat op grond van de in het arrest [Singh, C-370/90] geformuleerde beginselen verplicht om een verblijfsvergunning af te geven aan dan wel om de afgifte daarvan te vergemakkelijken voor de uit een derde land afkomstige ongehuwde partner van een burger van de Unie, wanneer die burger van de Unie met die partner terugkeert naar de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, nadat hij het hem op grond van het Verdrag toekomende recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend om in een andere lidstaat te werken?

2) Subsidiair, vereist [richtlijn 2004/38] dat een dergelijke verblijfsvergunning wordt afgegeven dan wel dat de afgifte daarvan wordt vergemakkelijkt?

3) Is een besluit waarbij wordt geweigerd een verblijfsvergunning af te geven onrechtmatig wegens schending van artikel 3, lid 2, van [richtlijn 2004/38], indien het niet op een nauwkeurig onderzoek van de persoonlijke situatie van de aanvrager is gebaseerd en niet naar behoren of toereikend is gemotiveerd?

4) Is een nationale rechtsregel op grond waarvan geen beroep bij de rechter openstaat tegen een bestuursbesluit waarbij wordt geweigerd een verblijfskaart af te geven aan een persoon die beweert een familielid in ruime zin te zijn, verenigbaar met [richtlijn 2004/38]?"

21. Banger, de Spaanse, de Oostenrijkse en de Poolse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Banger, de Spaanse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben tevens pleidooi gehouden tijdens de terechtzitting van 17 januari 2018.

4 Uit de opmerkingen van Banger blijkt dat het paar na vertrek uit Nederland op 27 september 2014 in het Verenigd Koninkrijk is getrouwd. De minister heeft die omstandigheid echter *niet in aanmerking genomen*, daar regulation 9, lid 2, onder b), van de EEA Regulations, die betrekking heeft op de rechten van familieleden van Britse staatsburgers, verlangt dat de partners „samenleven in de EER-staat dan wel aldaar een huwelijk […] zijn aangegaan *vóór de terugkeer van de Britse staatsburger* naar het Verenigd Koninkrijk". Cursivering van mij.

5 In dat arrest heeft het Hof beslist dat wanneer burgers van de Unie terugkeren naar hun lidstaat van herkomst na in een andere lidstaat een verblijfsrecht te hebben uitgeoefend, hun familieleden op zijn minst dezelfde rechten moeten genieten als die welke hun krachtens het Unierecht in een andere lidstaat zouden toekomen. Arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

6 Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

IV. Beoordeling

22. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ik zal de eerste drie prejudiciële vragen samen behandelen, daar zij stuk voor stuk op de een of andere manier betrekking hebben op de rechtsgrondslag voor en de inhoud van de verplichtingen van de lidstaten ter zake van binnenkomst en verblijf van ongehuwde partners van „terugkerende" burgers van de Unie (A). Daarna zal ik mij buigen over de vierde vraag, die gaat over de vereiste omvang van de rechterlijke toetsing in relatie tot „familieleden in ruime zin"[7] als bedoeld in artikel 3, lid 2 (B).

A. Eerste, tweede en derde vraag: „familieleden in ruime zin" van „terugkerende burgers van de Unie"

23. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een lidstaat op grond van de in het arrest Singh[8] geformuleerde beginselen verplicht is om een verblijfsvergunning *af te geven* aan, dan wel om het verblijf te *vergemakkelijken* van ongehuwde partners van „terugkerende" burgers van de Unie. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter subsidiair te vernemen of een dergelijke verplichting om ofwel een verblijfsvergunning af te geven, ofwel het verblijf te vergemakkelijken, rechtstreeks voortvloeit uit richtlijn 2004/38.

24. Deze vragen bestaan uit twee lagen. Zij hebben in de eerste plaats betrekking op de *rechtsgrondslag* voor de aanspraken die vaste partners van „terugkerende" burgers van de Unie aan het Unierecht ontlenen. In de tweede plaats gaan zij reeds impliciet ook over de *inhoud* van die aanspraken: is er sprake van een verplichting tot afgifte van een verblijfsvergunning aan dergelijke personen, of hoeft die afgifte alleen maar te worden vergemakkelijkt? Dat laatste punt komt vervolgens uitgebreid aan de orde in de derde vraag, waarmee de verwijzende rechter specifiek wenst te vernemen of een afwijzing van een verblijfsaanvraag waaraan geen nauwkeurig onderzoek van de persoonlijke situatie van de aanvrager ten grondslag ligt en die niet naar behoren of afdoende is gemotiveerd, wegens strijd met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 onrechtmatig is.

25. Die lagen zijn naar mijn mening duidelijk met elkaar verweven. De grondslag bepaalt de inhoud, die op zijn beurt bepalend is voor de aan de motivering van een besluit te stellen eisen. Het lijkt mij dan ook het beste om de eerste drie vragen samen te behandelen.

26. Ik zal daarom in dit deel in de eerste plaats onderzoeken wat de rechtsgrondslag is voor de rechten die ongehuwde partners van „terugkerende" burgers van de Unie aan het Unierecht ontlenen. Daartoe zal ik nagaan of een toepassing naar analogie van de bepalingen van richtlijn 2004/38, zoals deze door de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld, op burgers van de Unie die „terugkeren" naar hun lidstaat van herkomst, kan worden uitgebreid tot artikel 3, lid 2, onder b), van de richtlijn (1). In de tweede plaats zal ik mij bezighouden met de uitlegging van die bepaling, die het begrip „vergemakkelijking" van binnenkomst en verblijf van ongehuwde partners introduceert (2). In de derde plaats zal ik de implicaties van mijn bevindingen voor de onderhavige zaak onderzoeken (3).

7 Het begrip „familieleden in ruime zin" omvat beide subcategorieën van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, dat wil zeggen de in artikel 3, lid 2, onder a), genoemde „andere familieleden" en de in artikel 3, lid 2, onder b) genoemde „partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft".

8 Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

1. Terugkerende burgers

27. Richtlijn 2004/38 bevat een bepaling – artikel 3, lid 2, onder b) – die specifiek ziet op de situatie van de persoon met wie een burger van de Unie een duurzame relatie heeft. Deze bepaling is echter op zichzelf niet op de onderhavige zaak van toepassing. De bepalingen van de richtlijn inzake binnenkomst en verblijf zijn namelijk niet van toepassing op situaties waarin zij door een burger van de Unie of zijn familieleden worden ingeroepen tegenover *de lidstaat* waarvan de burger van de Unie *de nationaliteit* bezit.[9]

28. Hetzelfde zou logischerwijze ook moeten gelden voor artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, dat betrekking heeft op „familieleden in ruime zin".

29. Het is juist dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, in tegenstelling tot artikel 3, lid 1, daarvan, niet met zoveel woorden spreekt van familieleden in ruime zin die de burger van de Unie *begeleiden* of zich *bij hem voegen* in een andere lidstaat. Toch is het duidelijk dat artikel 3, lid 2, ziet op de verplichtingen van het „*gastland*", zoals door overweging 6 van de richtlijn wordt bevestigd. Bovendien gaan de systematische en teleologische overwegingen op grond waarvan het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 2004/38 niet van toepassing is op uit een derde land afkomstige familieleden van een burger van de Unie in de lidstaat van herkomst van die burger[10], ook op voor „familieleden in ruime zin".

30. Het feit dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 op zichzelf niet van toepassing is in een geval als het onderhavige, maakt deze bepaling echter nog niet volstrekt irrelevant. Het Hof heeft namelijk in zijn rechtspraak voor verschillende instrumenten van afgeleid recht inzake vrij verkeer vastgesteld dat deze regelingen op grond van bepalingen van primair recht in bepaalde omstandigheden *naar analogie* van toepassing zijn op de situatie waarin een burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst terugkeert nadat hij zijn rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend.[11]

31. Die rechtspraak van het Hof gaat uit van de gedachte van de afschrikkende werking. Volgens het arrest Singh „zou [het] een onderdaan van een lidstaat ervan kunnen weerhouden om zijn land van herkomst te verlaten om op het grondgebied van een andere lidstaat in loondienst of als zelfstandige arbeid te gaan verrichten in de zin van het [Verdrag], indien bij zijn terugkeer naar de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, om aldaar in loondienst of als zelfstandige te gaan werken, de voorwaarden voor zijn toegang en verblijf niet ten minste gelijkwaardig zouden zijn aan die welke hij op grond van het [Verdrag] of het afgeleide [Unierecht] op het grondgebied van een andere lidstaat kan genieten".[12] Rechten van vrij verkeer kunnen hun volle werking niet ontplooien indien een burger van de Unie „door obstakels die in zijn land van herkomst aan de toegang en het verblijf van zijn echtgenoot in de weg worden gelegd, ervan kan worden weerhouden om die rechten uit te oefenen".[13]

9 Arrest van 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punt 37). Zie ook arresten van 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punten 61 e.v.); 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, punt 53), en 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punt 33).

10 Arresten van 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punten 39-43), en 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punten 33-37).

11 Het Hof heeft de analoge toepassing van diverse instrumenten van afgeleid recht op „terugkerende onderdanen" gebaseerd op verschillende bepalingen van primair recht. Zie met betrekking tot artikel 52 EEG-Verdrag en 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 (PB 1973, L 172, blz. 14), arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, punt 25). Zie met betrekking tot artikel 39 EG en verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB 1968, L 257, blz. 2), arrest van 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punten 32 en 45). Artikel 21, lid 1, VWEU vormde de grondslag voor de analoge toepassing van richtlijn 2004/38 in het arrest van 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punt 61).

12 Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296, punt 19).

13 Arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, punt 23).

In het arrest Eind heeft het Hof daaraan toegevoegd dat een dergelijke afschrikkende werking ook reeds kan uitgaan „van het enkele vooruitzicht voor die burger dat hij na zijn terugkeer naar de lidstaat van herkomst niet meer met zijn naaste verwanten in gezinsverband zou kunnen samenleven, een gezinsverband dat eventueel is ontstaan door huwelijk of gezinshereniging in de gastlidstaat”. [14]

32. Op grond daarvan heeft het Hof geoordeeld dat artikel 21, lid 1, VWEU impliceert dat de in instrumenten van afgeleid recht opgenomen voorwaarden met betrekking tot de rechten van binnenkomst en verblijf van familieleden, en dan met name de voorwaarden van richtlijn 2004/38, naar analogie van toepassing zijn op familieleden van „terugkerende burgers van de Unie”, die zich daarop kunnen beroepen tegenover de lidstaat waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit. In het arrest O. en B. heeft het Hof verduidelijkt dat deze rechtspraak van toepassing is wanneer de burger van de Unie met een derdelander een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd tijdens een daadwerkelijk verblijf in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit. [15]

33. In casu heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogd dat de beginselen die voortvloeien uit de hierboven uiteengezette rechtspraak, uitsluitend betrekking hebben op de *rechten* van binnenkomst en verblijf krachtens richtlijn 2004/38. Volgens artikel 3, lid 1, van de richtlijn komen die rechten uitsluitend toe aan de in artikel 2, lid 2, genoemde familieleden, maar niet aan „familieleden in ruime zin” als bedoeld in artikel 3, lid 2. Een analoge toepassing op grond van de afschrikkende werking die het onthouden van verblijfsrechten aan familieleden zou kunnen hebben voor de uitoefening van rechten van vrij verkeer door burgers van de Unie, is volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk dan ook niet gerechtvaardigd in de onderhavige zaak, die betrekking heeft op een ongehuwde partner, die volgens artikel 3, lid 2, van de richtlijn geen aanspraak kan maken op een dergelijk verblijfsrecht.

34. Ik ben het daarmee niet eens.

35. In de eerste plaats is het weliswaar een feit dat de recentere rechtspraak van het Hof over de verblijfsrechten van uit een derde land afkomstige familieleden van „terugkerende burgers van de Unie” tot dusver uitsluitend de status van „familieleden” in de zin van artikel 2 van richtlijn 2004/38 betrof [16], maar hieruit mag in mijn ogen niet a contrario worden afgeleid dat die rechtspraak ook uitsluitend voor „familieleden” is bedoeld. Een net zo aannemelijke verklaring (en volgens mij zelfs een veel aannemelijker verklaring) is dat in die rechtspraak uitsluitend van familieleden wordt gesproken omdat de betrokken zaken simpelweg alleen familieleden betroffen.

36. Dit geldt temeer omdat, in de tweede plaats, de algemene redenering die aan de analoge toepassing van richtlijn 2004/38 op „familieleden” ten grondslag ligt, ook onverkort opgaat voor „familieleden in ruime zin”. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, geldt dit in het bijzonder voor de ongehuwde partner van een burger van de Unie die krachtens het Unierecht rechtmatig in de gastlidstaat heeft verbleven. [17]

37. De gedachte van ontmoediging of afschrikking is gebaseerd op het uitgangspunt dat de burger van de Unie ervan zal worden weerhouden om te verhuizen wegens obstakels voor zijn *naasten* om zich bij hem te voegen. Erkend moet worden dat maatschappelijke opvattingen evolueren en dat er vandaag de dag tal van verschillende samenlevingsvormen zijn. De afschrikkende werking kan in de praktijk in relatie tot een partner in de zin van artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/38 dus sterker zijn

14 Arrest van 11 december 2007 (C-291/05, EU:C:2007:771, punt 36). Zie ook arresten van 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:69, punt 70), en 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punt 46).

15 Arrest van 12 maart 2014 (C-456/12, EU:C:2014:135, punt 61).

16 Zo sprak het Hof in het arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), van een „echtgenoot en kinderen” (punt 20). Het arrest van 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771) betrof het kind van een burger van de Unie, en het arrest van 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135) ging over gehuwde paren.

17 Zie naar analogie arrest van 12 maart 2014, O. en B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punt 47).

dan wellicht in relatie tot sommige van de in artikel 2, lid 2, daarvan genoemde categorieën familieleden het geval is. Ik suggereer hiermee zeker niet dat dit altijd zo zal zijn. Ik wil alleen maar duidelijk maken dat formele, op „hokjes" gebaseerde generalisaties niet erg geschikt zijn om te bepalen wie daadwerkelijk een „naaste" van iemand is. [18]

38. Overigens wordt in overweging 6 van richtlijn 2004/38 bevestigd dat artikel 3, lid 2, in deze richtlijn is opgenomen teneinde „de eenheid van het gezin in een verruimde betekenis" te handhaven. [19] In die zin kunnen er dus ook familiebanden „in ruime zin" worden opgebouwd of bestendigd tijdens het daadwerkelijke verblijf van de burger van de Unie in het gastland, zodat in dit kader vergelijkbare afschrikkingsoverwegingen kunnen meespelen.

39. Ik moet echter toegeven dat het afschrikkingsargument dat is gebruikt om de analoge toepassing van richtlijn 2004/38 op naar hun lidstaat van herkomst terugkerende burgers van de Unie te rechtvaardigen, in één opzicht niet geheel overtuigt. Kort gezegd: afschrikking impliceert kennis. Het is nogal lastig om je te laten afschrikken door iets waarvan je het bestaan niet kent op het moment waarop je je beslissing neemt, of waarvan het toekomstige bestaan in het beste geval vrij onzeker is.

40. Enerzijds kan er van een dergelijke afschrikkende werking sprake zijn wanneer het familielid (in ruime zin) reeds een bepaalde status heeft verworven in de lidstaat van herkomst van de burger van de Unie vóór een eventueel vertrek naar het buitenland. Uitoefening van rechten van vrij verkeer kan een riskante onderneming blijken te zijn wanneer een uit een derde land afkomstig familielid reeds een immigratiestatus toegekend heeft gekregen in de lidstaat van herkomst van de burger van de Unie. Dat familielid zou die status kunnen kwijtraken door de burger van de Unie te vergezellen naar een andere lidstaat. Ook al garandeert het Unierecht een verblijfsrecht in de tweede (of daaropvolgende) gastlidstaat, het is niet onredelijk om te stellen dat het vooruitzicht dat het betrokken familielid die rechten niet zal genieten bij terugkeer naar de lidstaat van herkomst van de burger van de Unie, een afschrikkende factor zal zijn in het afwegingsproces dat voorafgaat aan een eventueel besluit om gebruik te maken van de vrijheid van verkeer. [20]

41. Anderzijds vind ik een dergelijke afschrikkende werking veel minder voor de hand liggen wanneer de burger van de Unie nog helemaal geen gezinsleven heeft opgebouwd op het moment dat hij overweegt zijn lidstaat van herkomst te verlaten om gebruik te maken van de vrijheid van verkeer. Is het werkelijk redelijk om te suggereren dat, bijvoorbeeld, een pas afgestudeerde die erover denkt naar een andere lidstaat te verhuizen, in zijn afweging zal laten meewegen dat hij misschien in die andere lidstaat (of in de tweede of de derde lidstaat) de liefde van zijn leven zal ontmoeten en dat hij wellicht later, mocht die liefde van zijn leven inderdaad voor het leven zijn, samen met die persoon voorgoed naar zijn lidstaat van herkomst zal willen terugkeren? En dat hij dus, wanneer hij zich realiseert dat die persoon niet in aanmerking zou komen voor een verblijfsrecht – wat hij ontdekt na een zorgvuldige en diepgaande studie van de in zijn lidstaat van herkomst geldende nationale immigratieregels, die wellicht in de nabije of verre toekomst ook nog van toepassing zullen zijn –, ervoor zal terugdeinzen om zijn rechten van vrij verkeer überhaupt uit te oefenen, en simpelweg zal thuisblijven?

18 Ik wijs in dit verband ook op de ontwikkeling van het begrip „gezinsleven" in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM"), dat inmiddels erkent dat onder dit begrip ook feitelijke gezinsbanden vallen. Niettegenstaande de specifieke verplichtingen die het bestaan van een gezinsleven in de migratiecontext meebrengt, heeft het EHRM in verband met buitenechtelijke kinderen geoordeeld dat het begrip „gezin" in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") „niet beperkt is tot op het huwelijk gebaseerde relaties en tevens andere, ‚feitelijke gezinsbanden' kan omvatten wanneer de partijen samenleven buiten huwelijk". Zie EHRM, 24 juni 2010, Schalk en Kopf tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 91. In § 94 van dat arrest heeft het EHRM voorts bevestigd dat ook duurzaam samenlevende ongehuwde homoparen onder het begrip „gezinsleven" vallen.

19 Een vergelijkbare verplichting tot „vergemakkelijking" was opgenomen in artikel 10, lid 2, van verordening nr. 1612/68 en in artikel 1, lid 2, van richtlijn 73/148.

20 Conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, punt 8).

42. Daargelaten scenario's waarin het vinden van de ware liefde in het buitenland de drijfveer *is* voor de uitoefening van rechten van vrij verkeer, vormen dergelijke situaties wegens hun vergezochte en hypothetische karakter en omdat het niet voor de hand ligt dat een normaal persoon zijn levenskeuzes werkelijk van zulke factoren laat afhangen, wellicht niet het meest solide fundament voor een analoge toepassing van richtlijn 2004/38 (dat wil zeggen een toepassing die verder strekt dan de duidelijke bewoordingen van de richtlijn en die dus de werkingssfeer van de richtlijn daadwerkelijk uitbreidt) op terugkerende burgers van de Unie.

43. Het Hof zou in mijn ogen dan ook meer de nadruk moeten leggen op een alternatieve rechtvaardiging voor een analoge toepassing van de voorwaarden van richtlijn 2004/38 op „terugkerende" burgers van de Unie en hun familieleden (in ruime zin), namelijk niet zozeer dat men *vooraf* zou kunnen worden ontmoedigd om te vertrekken, als wel dat het niet zo mag zijn dat men daarvoor *achteraf* wordt bestraft. [21]

44. Het Hof heeft in verband met het discriminatieverbod reeds erkend dat de uitoefening van rechten van vrij verkeer niet ertoe mag leiden dat burgers van de Unie *achteraf worden benadeeld* wegens het feit dat zij van die rechten hebben gebruikgemaakt. [22] Van een dergelijke benadeling is naar mijn mening sprake wanneer op grond van nationale bepalingen de in een andere lidstaat opgebouwde of bestendigde familiebanden niet worden erkend, ook al wordt op „terugkerende" burgers van de Unie dezelfde wettelijke regeling toegepast als op onderdanen die nooit van de vrijheid van verkeer hebben gebruikgemaakt. [23]

45. Objectief verschillende situaties kunnen en mogen niet gelijk worden behandeld. Anders bestaat het (in dit geval noch vergezochte, noch hypothetische) gevaar dat gebruikmaking van de vrijheid van verkeer neerkomt op een „enkele reis" naar het buitenland: men zou nooit meer naar zijn lidstaat van herkomst kunnen terugkeren. Dit staat op gespannen voet met het recht om *vrij* te reizen en te verblijven *binnen de Europese Unie*. [24]

46. De overwegingen op grond waarvan het Hof de bepalingen inzake de rechten van binnenkomst en verblijf van familieleden in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 2004/38 naar analogie heeft toegepast op burgers van de Unie die terugkeren naar hun lidstaat van herkomst, gaan kortom – zij het wellicht met enige nuancering – ook op voor „familieleden in ruime zin" als bedoeld in artikel 3, lid 2, van de richtlijn.

47. In navolging van de Spaanse, de Oostenrijkse, de Poolse regering en de Commissie kom ik dan ook tot de slotsom dat de uit een derde land afkomstige vaste partner van een burger van de Unie die heeft gebruikgemaakt van de vrijheid van verkeer, bij terugkeer van die burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst geen minder gunstige behandeling mag krijgen dan die waarin de richtlijn voorziet voor familieleden in ruime zin van burgers van de Unie die in andere lidstaten gebruikmaken van de vrijheid van verkeer.

21 Die rechtvaardiging kwam al ter sprake in de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, punten 7 en 8).

22 Zie bijvoorbeeld arresten van 11 juli 2002, D'Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432, punt 31); 29 april 2004, Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273, punt 19); 18 juli 2006, De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491, punt 39), en 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, punt 88).

23 Het feit dat een persoon zijn rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend, maakt namelijk dat zijn situatie verschilt van die van „statische burgers", en die verschillende situaties mogen niet gelijk worden behandeld. Zie in die zin arrest van 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, punten 31 e.v.).

24 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak O. e.a. (C-456/12 en C-457/12, EU:C:2013:837, punt 89).

2. „Vergemakkelijking" van binnenkomst en verblijf van „familieleden in ruime zin" conform artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38

48. Met zijn eerste twee vragen wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de lidstaten op grond van de vereisten van het Unierecht verplicht zijn om aan de ongehuwde partner van een terugkerende burger van de Unie een verblijfsvergunning *af te geven* dan wel om de afgifte daarvan te *vergemakkelijken*.

49. Zoals de Commissie en alle interveniërende regeringen terecht hebben betoogd, brengt een analoge toepassing van de op het arrest Singh [25] gebaseerde beginselen mee dat ongehuwde partners van „terugkerende burgers van de Unie" aanspraak moeten kunnen maken op toepassing van de *begunstigingsregeling* van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38.

50. Dit wordt door Banger niet weersproken, althans niet direct. Haar betoog is genuanceerder: zij erkent weliswaar dat de in artikel 3, lid 2, van de richtlijn geformuleerde verplichting tot vergemakkelijking geldt, maar stelt dat de weigering om haar een verblijfskaart te verstrekken niet gebaseerd was op een nauwkeurig onderzoek van haar persoonlijke situatie en niet naar behoren of afdoende was gemotiveerd, zoals die bepaling voorschrijft.

51. De inhoud van de speciale „begunstigingsregeling" van artikel 3, lid 2, van de richtlijn, die van toepassing is op familieleden in ruime zin, is door het Hof reeds verduidelijkt in het arrest Rahman. [26] In dat arrest zijn drie aspecten van die regeling beklemtoond: het feit dat er geen sprake is van een automatisch recht van binnenkomst en verblijf (i); het feit dat de lidstaten over een beoordelingsmarge beschikken ten aanzien van de wijze waarop zij overeenkomstig hun nationaal recht uitvoering geven aan de verplichting tot vergemakkelijking (ii), en het feit dat die beoordelingsmarge niet onbegrensd is (iii).

52. Ten eerste kent artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 aan familieleden in ruime zin geen *recht* van binnenkomst en verblijf toe. Er wordt verschil gemaakt tussen de in artikel 2, lid 2, gedefinieerde familieleden, aan wie een recht op binnenkomst en op verblijf toekomt, en de in artikel 3, lid 2, genoemde familieleden, wier binnenkomst en verblijf „alleen moeten worden vergemakkelijkt". [27] Richtlijn 2004/38 verplicht de lidstaten dus niet om alle aanvragen tot binnenkomst of tot verblijf van de in artikel 3, lid 2, bedoelde personen in te willigen. [28] In tegenstelling tot de rechten waarop burgers van de Unie en hun familieleden aanspraak kunnen maken, is artikel 3, lid 2, bovendien „niet voldoende […] nauwkeurig om de aanvrager die om binnenkomst of om verblijf verzoekt, in staat te stellen zich rechtstreeks op deze bepaling te beroepen om *beoordelingscriteria* in te roepen die volgens hem op zijn aanvraag moeten worden toegepast". [29]

53. Ten tweede – en dit is een ander verschil met een verblijfsrecht – komt de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 geformuleerde verplichting tot vergemakkelijking neer op de verplichting van lidstaten om ervoor te zorgen dat hun wetgeving voorwaarden bevat op grond waarvan familieleden in ruime zin een beslissing aangaande hun verblijfsaanvraag kunnen verkrijgen. Die beslissing moet gebaseerd zijn op een nauwkeurig onderzoek van hun persoonlijke situatie en, in het geval van een afwijzing van de aanvraag, zijn gemotiveerd. [30]

25 Arrest van 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

26 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519).

27 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 19).

28 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 18). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:2, punten 94-96).

29 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 25). Cursivering van mij.

30 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 22).

54. Zoals door overweging 6 van richtlijn 2004/38 wordt bevestigd, dient het gastland de situatie van „familieleden in ruime zin" te onderzoeken „*op grond van [zijn] eigen wetgeving*, om na te gaan of inreis en verblijf […] aan deze personen *kan worden toegekend*". Dit betekent dat de lidstaten, gelet op het ontbreken van nadere bepalingen in de richtlijn en op het gebruik van de woorden „overeenkomstig zijn nationaal recht", over een ruime beoordelingsmarge beschikken wat de voor de naleving van hun verplichtingen uit hoofde van artikel 3, lid 2, in aanmerking te nemen *omstandigheden* betreft.[31] Die beoordelingsmarge brengt noodzakelijkerwijs mee dat de lidstaten de *specifieke* voorwaarden en criteria voor de toepassing van die bepaling alsook de in aanmerking te nemen omstandigheden in hun nationale wetgeving kunnen vastleggen.

55. Het is ook duidelijk dat die beoordelingsmarge noodzakelijkerwijs betekent dat die voorwaarden, criteria en omstandigheden per lidstaat kunnen verschillen, daar de lidstaten artikel 3, lid 2, op uiteenlopende wijzen kunnen implementeren.[32]

56. Ten derde is de beoordelingsmarge die artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 de lidstaten laat niet onbegrensd. De grenzen van die beoordelingsmarge zijn in deze bepaling gespecificeerd: de betrokken nationale bepalingen moeten in overeenstemming zijn met het begrip „vergemakkelijking" en voldoen aan de vereisten dat de persoonlijke situatie nauwkeurig wordt onderzocht en dat een eventuele afwijzing van een aanvraag wordt gemotiveerd.

57. De eerste grens volgt uit de bewoordingen van de bepaling en uit het begrip „vergemakkelijking". Het woord „vergemakkelijkt" wijst er namelijk op dat artikel 3, lid 2, „de lidstaten […] een verplichting [oplegt] om aanvragen […] gunstiger te behandelen dan aanvragen tot binnenkomst en verblijf van andere staatsburgers van derde landen".[33] Daarom moet „[h]et gastland […] er […] over waken dat zijn wetgeving voorwaarden bevat die verenigbaar zijn met de gebruikelijke betekenis van het woord ‚vergemakkelijkt'".[34] De verplichting tot vergemakkelijking brengt ook mee dat de vastgestelde nationale bepalingen artikel 3, lid 2, niet zijn nuttig effect mogen ontnemen.[35]

58. Eenvoudig gezegd hebben de lidstaten vrij veel speelruimte bij het „vergemakkelijken", zowel wat de materiële criteria als wat de procedurele voorwaarden betreft. Zij moeten echter hoe dan ook ervoor zorgen dat „familieleden in ruime zin" beter af zijn dan derdelanders *in het algemeen*.[36]

59. De tweede grens volgt uit de laatste volzin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, die de lidstaten enerzijds verplicht om de persoonlijke situatie nauwkeurig te onderzoeken, en anderzijds om een eventuele weigering van toegang of verblijf te motiveren. De lidstaten moeten derhalve voor de betrokken personen voorzien in de mogelijkheid „om een beslissing aangaande hun aanvraag te verkrijgen die op een nauwkeurig onderzoek van hun persoonlijke situatie is gebaseerd en, in geval van weigering, is gemotiveerd".[37] Dat nauwkeurige onderzoek houdt volgens overweging 6 van de richtlijn in dat rekening moet worden gehouden met verschillende omstandigheden die relevant kunnen zijn, zoals de relatie met de burger van de Unie of andere omstandigheden, zoals financiële of lichamelijke afhankelijkheid van de burger van de Unie.[38]

31 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 24).

32 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:174, punt 64).

33 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 21).

34 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 24).

35 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 24).

36 Waarbij uiteraard de kanttekening moet worden geplaatst dat sommige derdelanders (die geen familielid van een burger van de Unie zijn) *rechten* van binnenkomst en verblijf kunnen genieten, bijvoorbeeld op grond van het recht op een gezinsleven. Zie richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PB 2003, L 251, blz. 12). Wanneer in het arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 21), wordt gesproken van derdelanders, moet dit dus wordt opgevat als een verwijzing naar derdelanders *in het algemeen*, aan wie *geen* rechten van binnenkomst en verblijf toekomen. Zie voor dit debat Guild, E., Peers, S., en Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 74, voetnoot 203.

37 Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 22).

38 Zie ook arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 23).

60. Uit de in dit deel besproken bewoordingen van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, zoals uitgelegd in het arrest Rahman, volgt dus dat die bepaling niet automatisch een verblijfsrecht toekent. Bijgevolg kan de analoge toepassing van die bepaling op situaties waarin een familielid in ruime zin een terugkerende burger van de Unie vergezelt naar zijn lidstaat van herkomst, evenmin automatisch in een verblijfsrecht resulteren. De analoge toepassing van artikel 3, lid 2, van de richtlijn kan slechts zo ver strekken als die bepaling zelf had kunnen strekken indien zij op zichzelf van toepassing was geweest, maar niet verder. Zoals in de rechtspraak van het Hof reeds is bevestigd, betekent de „analoge toepassing" van bepalingen van afgeleid recht inzake vrij verkeer op familieleden van „terugkerende" burgers van de Unie namelijk niet dat de in de tweede lidstaat genoten verblijfsrechten automatisch worden erkend: voor de analoge toepassing van de bepalingen van afgeleid recht blijven de voorwaarden gelden die in die bepalingen worden gesteld. [39]

3. De onderhavige zaak

61. In de omstandigheden van de onderhavige zaak is de bepaling van primair recht waarop de analoge toepassing van de relevante bepalingen van richtlijn 2004/38 kan worden gebaseerd, artikel 45 VWEU (indien, zoals het geval lijkt te zijn, de verwijzende rechter bevestigt dat Rado in Nederland zijn recht op vrijheid van verkeer als werknemer heeft uitgeoefend), dan wel, subsidiair, artikel 21, lid 1, VWEU.

62. Volgens die analoge toepassing heeft de ongehuwde partner van een burger van de Unie, met wie die burger van de Unie een duurzame relatie heeft en met wie hij familiebanden heeft opgebouwd of bestendigd in de periode waarin hij in een andere lidstaat zijn rechten van vrij verkeer heeft uitgeoefend, bij terugkeer van de burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst recht op een behandeling van haar aanvraag overeenkomstig de vereisten van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38.

63. In casu had Banger kennelijk in Nederland een verblijfskaart gekregen op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38. Zij heeft als familielid in ruime zin met Rado samengeleefd in de periode waarin deze laatste in die lidstaat zijn verblijfsrecht heeft uitgeoefend. Daardoor lijken zij in staat te zijn geweest een gezinsleven te hebben en te bestendigen.

64. In deze omstandigheden mocht Banger op grond van het VWEU (artikel 21, lid 1, of artikel 45 VWEU), gelezen in samenhang met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38, verlangen dat haar aanvraag nauwkeurig werd onderzocht en dat een eventuele op de uitkomsten van dat onderzoek gebaseerde weigering van toegang of verblijf werd gemotiveerd. Dat onderzoek moest met name betrekking hebben op haar specifieke persoonlijke situatie, waaronder haar relatie met de burger van de Unie.

65. Uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing en uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt dat Bangers aanvraag om afgifte van een verblijfskaart enkel en alleen is afgewezen omdat zij ten tijde van de indiening van de aanvraag niet met Rado getrouwd was. Als dat inderdaad het enige motief was, is dit onvoldoende om te voldoen aan de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een motivering die gebaseerd is op een nauwkeurig onderzoek van de persoonlijke situatie van familieleden in ruime zin als bedoeld in artikel 3, lid 2, onder b), dat wil zeggen personen die *niet getrouwd* zijn, maar een duurzame relatie met de burger van de Unie hebben.

66. Uit de bewoordingen „onderzoekt de persoonlijke situatie nauwkeurig" valt op te maken dat een dergelijk onderzoek zich redelijkerwijs ook moet uitstrekken tot de aard van de relatie met de terugkerende burger van de Unie. Logischerwijs wordt daarbij dan ook in aanmerking genomen dat het bestaan van een duurzame relatie reeds is erkend en deugdelijk is bewezen, getuige de afgifte van een verblijfskaart door een andere lidstaat.

39 Arrest van 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punt 39). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Eind (C-291/05, EU:C:2007:407, punten 38 en 39).

67. Ik wijs er in dit verband op dat dit feit op zichzelf niet noodzakelijkerwijs leidt tot de toekenning van een verblijfsrecht in de lidstaat van herkomst van de burger van de Unie (of in enige andere lidstaat waarheen het paar zou besluiten te verhuizen). Zoals ik (juist om die reden vrij uitvoerig) heb besproken in het voorgaande deel, houdt de verplichting tot *vergemakkelijking* immers geen verplichting tot automatische *afgifte* in. Het feit dat de lidstaten, binnen bepaalde grenzen, op dit gebied eigen specifieke criteria mogen vaststellen, betekent logischerwijs dat zij niet verplicht zijn om de door andere lidstaten afgegeven verblijfsvergunningen te „erkennen", noch om een persoon op zijn minst dezelfde of een betere behandeling te geven dan die welke hem ten deel is gevallen in de gastlidstaat (of gastlidstaten) waar hij eerder heeft verbleven.

68. Naar mijn mening kan noch de gedachte dat men niet vooraf mag worden afgeschrikt of ontmoedigd, noch die volgens welke men niet achteraf mag worden bestraft, zo ver worden doorgevoerd dat elke lidstaat waarheen een burger van de Unie besluit te verhuizen, verplicht zou zijn om op zijn minst dezelfde of een betere behandeling te geven dan de behandeling die is gegeven door de lidstaat (of lidstaten) waar die burger eerder heeft verbleven. Dat zou immers veel verder gaan dan een analoge toepassing en veel meer inhouden dan „vergemakkelijking".

4. Tussenconclusie

69. Ik geef bijgevolg in overweging de eerste drie vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

– Artikel 21, lid 1, en artikel 45 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat wanneer een burger van de Unie zijn gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd gedurende de periode waarin hij in een andere lidstaat zijn verblijfsrechten heeft uitgeoefend, bij terugkeer van die burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst de begunstigingsregeling van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 naar analogie van toepassing is op de partner met wie de burger van de Unie een duurzame relatie heeft. Bijgevolg is die lidstaat verplicht om in de zin van artikel 3, lid 2, van de richtlijn overeenkomstig zijn nationaal recht binnenkomst en verblijf van de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft, te vergemakkelijken.

– Wanneer een burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst terugkeert nadat hij in een andere lidstaat zijn verblijfsrechten heeft uitgeoefend en daar een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met een partner met wie hij een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft, brengen artikel 21, lid 1, en artikel 45 VWEU voor die lidstaat van herkomst de verplichting mee om bij zijn beslissing ter zake van de binnenkomst en het verblijf van die partner hun persoonlijke situatie nauwkeurig te onderzoeken en om een eventuele weigering van toegang of verblijf te motiveren, overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38.

B. Vierde vraag: recht op een doeltreffende voorziening in rechte

70. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een bepaling van nationaal recht op grond waarvan geen beroep bij de rechter openstaat tegen een bestuursbesluit waarbij wordt geweigerd een verblijfskaart af te geven aan een persoon die beweert een familielid in ruime zin van een burger van de Unie te zijn, verenigbaar is met richtlijn 2004/38.

71. Uit de verwijzingsbeslissing komt naar voren dat deze vraag wordt gesteld omdat een anders samengestelde kamer van de Upper Tribunal heeft beslist dat een persoon aan wie een verblijfskaart als „familielid in ruime zin" is geweigerd, niet overeenkomstig regulation 26 van de EEA Regulations tegen dat besluit in beroep kan gaan bij de bevoegde rechter.[40] Wanneer de minister in de uitoefening van

40 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC).

zijn discretionaire bevoegdheid besluit om geen verblijfskaart te verstrekken aan een familielid in ruime zin, zou er namelijk geen sprake zijn van een besluit ter zake van „het recht van een persoon op afgifte van een verblijfskaart”.[41] De verwijzende rechter merkt op dat indien die beslissing correct is, de Sala-uitspraak zou impliceren dat Banger haar beroep in het hoofdgeding niet kan voortzetten. Het enige mogelijke rechtsmiddel zou dan „judicial review” zijn.[42]

72. Uit de door de belanghebbenden bij het Hof ingediende opmerkingen (de verwijzingsbeslissing is op dit punt zeer summier) valt op te maken dat naar het recht van Engeland en Wales tegen bestuursbesluiten in beginsel „judicial review” openstaat. Voor specifieke terreinen en omstandigheden heeft de wetgever echter in een wettelijk recht van beroep („appeal”) voorzien.[43] Dit geldt ook voor de rechten van familieleden van burgers van de Unie. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft verduidelijkt, kunnen naar het recht van Engeland en Wales de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 2004/38 bedoelde „familieleden” beroep instellen bij de First-tier Tribunal (en vervolgens bij de Upper Tribunal). Volgens het arrest Sala staat die beroepsprocedure echter niet open voor personen die onder artikel 3, lid 2, van de richtlijn vallen. Zij kunnen tegen de afwijzing van hun verblijfsaanvraag opkomen via een „judicial review”-procedure bij de High Court of Justice (England and Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) [hogere rechterlijke instantie van Engeland en Wales, afdeling van de Queen’s Bench (bestuursrechter), Verenigd Koninkrijk].

73. De vierde vraag van de verwijzende rechter moet dan ook in het licht van dat specifieke nationale rechtskader worden opgevat. Zo gezien gaat die vierde vraag van de verwijzende rechter niet zozeer over een *totaal* ontbreken van rechterlijke bescherming voor familieleden in ruime zin, maar strekt zij veeleer ertoe te vernemen of de „judicial review”-procedure voldoet aan de eisen van het Unierecht, dan wel of die familieleden toegang moeten krijgen tot de „appeal”-procedure.

74. De regering van het Verenigd Koninkrijk en Banger zijn het op dit punt niet eens.

75. Banger stelt dat het rechtsmiddel „judicial review” niet als een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van richtlijn 2004/38 en van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) kan worden beschouwd. Het is geen toereikende wijze van toetsing van de weigering om een verblijfskaart af te geven, daar niet het besluit zelf wordt getoetst, maar de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen. Banger heeft tijdens de terechtzitting nader uiteengezet in welke opzicht „judicial review” en „appeal” van elkaar verschillen als het gaat om de voorwaarden voor toegang tot de twee soorten procedures, de kosten, de omvang van de toetsing en de mogelijkheden die de rechter ter beschikking staan. Zij heeft aangevoerd dat in het geval van „judicial review” de rechter enkel wordt verzocht de rechtmatigheid van een besluit te onderzoeken, waarbij de toetsingsgronden beperkt zijn. In haar ogen kan in casu als enige grond voor „judicial review” de onredelijkheid van het besluit worden aangevoerd, zodat dit rechtsmiddel een beperkte reikwijdte heeft en niet voorziet in de mogelijkheid om feitelijke kwesties te onderzoeken.

76. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt daarentegen dat het systeem van „judicial review” ten volle beantwoordt aan de eisen die door het Unierecht worden gesteld. Het Unierecht verlangt van de lidstaten niet dat zij in een bepaald wettelijk recht van beroep voorzien. Het verplicht de lidstaten evenmin om ervoor te zorgen dat besluiten in volle omvang kunnen worden getoetst, waarbij de rechter zijn eigen oordeel in de plaats kan stellen van dat van het orgaan dat het besluit heeft

41 Sala (EFM’s: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), punt 84.

42 Sala (EFM’s: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC). In punt 23 van die uitspraak staat expliciet dat „[h]et Hof […] in het arrest Rahman duidelijk [heeft] gemaakt dat [richtlijn 2004/38] geen beroep in volle omvang voorschrijft, maar slechts ‚judicial review’ teneinde te doen nagaan of het orgaan dat het besluit heeft genomen, ‚binnen de grenzen van de in de richtlijn neergelegde beoordelingsmarge [is] gebleven’”. De Court of Appeal (rechter in tweede aanleg Verenigd Koninkrijk) blijkt evenwel tot een andere rechtsopvatting te zijn gekomen in de recente uitspraak van 9 november 2017 in de zaak Khan/Secretary of State for the Home Department & Anor [2017] EWCA Civ 1755. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft tijdens de terechtzitting beklemtoond dat die uitspraak niet van belang is voor de onderhavige procedure, aangezien de Court of Appeal daarin uitlegging heeft gegeven aan nationaal recht dat niet langer van kracht is.

43 Zie in het algemeen bijvoorbeeld Sir Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5e druk, Sweet & Maxwell, 2015, en Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., en Fenwick, H., *Judicial Review*, 5e druk, LexisNexis, United Kingdom, 2014.

genomen. Tijdens de terechtzitting heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk ingestemd met het betoog van de Commissie dat volgens het Unierecht het besluit moet kunnen worden onderworpen aan een volle toetsing, waarbij ook de feiten worden onderzocht en het besluit op evenredigheid wordt getoetst.[44] De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft echter volgehouden dat „judicial review" in alle opzichten aan die eisen voldoet, daar in een dergelijke procedure het besluit niet alleen op rechtmatigheid kan worden getoetst, maar ook op feitelijke onjuistheden en op evenredigheid.[45]

77. Dat ik nogal uitvoerig op de achtergrond van de vierde vraag van de verwijzende rechter en op het standpunt van de belanghebbenden ben ingegaan, heeft één reden: ik heb daarmee duidelijk willen maken waarom het Hof naar mijn mening de vraag zoals deze is gesteld, niet zou moeten beantwoorden. Er zijn daarvoor drie redenen aan te voeren.

78. Ten eerste is het niet de taak van het Hof om de verschillende kenmerken te onderzoeken van de diverse vormen van rechterlijke bescherming die in een nationaal rechtsstelsel bestaan.[46] Dat zou namelijk een diepgaand onderzoek en een uitvoerige beoordeling van nationaal recht vergen, wat de taak is van de nationale rechter.

79. Ten tweede is het nog minder de taak van het Hof om met betrekking tot een behoorlijk complex en evoluerend rechtsgebied als het Engelse „judicial review" een dergelijk onderzoek te verrichten[47], en om dan in feite een dispuut te beslechten tussen de verschillende nationale actoren, die het mogelijk zelf niet erover eens zijn wat de huidige maatstaven zijn.

80. Ten derde houdt de prejudiciële procedure altijd verband met een specifiek nationaal geschil. In een dergelijk kader zou een *concrete* bepaling van nationaal procesrecht of materieel recht inderdaad *indirect* kunnen worden onderzocht. Het is echter niet de taak van het Hof om abstracte adviezen te geven met daarin een waardeoordeel over hele rechtsgebieden of over systemen van rechterlijke bescherming in het algemeen[48], waartoe het van alles en nog wat zou moeten onderzoeken, van procesbevoegdheid, kosten en termijnen tot de omvang van de toetsing, de aan de rechter ter beschikking staande mogelijkheden en de beroepswegen.

81. Er is echter één ding dat het Hof wel kan – en in de geest van samenwerking wellicht moet – doen om de nationale rechter bij te staan als het gaat om de door de vierde vraag aan de orde gestelde problematiek: het kan duidelijkheid verschaffen ten aanzien van de verplichtingen en vereisten waaraan volgens het Unierecht moet worden voldaan om in het kader van een analoge toepassing van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 te kunnen spreken van een doeltreffende voorziening in rechte.[49]

44 De regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst in dit verband naar de arresten van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461), en 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

45 De regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst in dit verband met name naar de uitspraak van de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) [rechter in tweede aanleg in burgerlijke zaken (Engeland en Wales), Verenigd Koninkrijk) in de zaak T-Mobile (UK) Ltd/Office of Communications [2009] 1 WLR 1565, en naar de uitspraak van de Supreme Court (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk) in de zaken R (on the application of Kiarie)/Secretary of State for the Home Department en R (on the application of Byndloss)/Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 42.

46 Zie in dezelfde zin conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de gevoegde zaken Shingara en Radiom (C-65/95 en C-111/95, EU:C:1996:451, punt 60).

47 Zoals opgemerkt door advocaat-generaal Sharpston in haar conclusie in de zaak East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, punt 84).

48 Voor een vergelijkbaar recent geval, betreffende de vraag of een voorschrift dat de civiele rechter in plaats van de bestuursrechter bevoegd verklaart voor de tenuitvoerlegging van schulden jegens de Europese Unie, al dan niet in overeenstemming is met het doeltreffendheidsbeginsel, zie mijn conclusie in de zaak Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385, punten 28 en 60-63).

49 Zie in dezelfde zin wederom conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, punt 84).

82. Met dit doel in gedachten, zal ik in dit deel eerst de procedurele waarborgen onderzoeken die in de richtlijn zelf zijn opgenomen (1), en vervolgens ingaan op de algemene eisen die voortvloeien uit artikel 47 van het Handvest (en uit het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel) (2). Tot slot zal ik nagaan welke implicaties het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte heeft in de specifieke context van artikel 3, lid 2, van de richtlijn (3).

1. Rechterlijke bescherming conform de artikelen 15 en 31 van richtlijn 2004/38

83. Richtlijn 2004/38 bevat specifieke bepalingen inzake de rechterlijke bescherming van rechten van vrij verkeer. De voor de onderhavige zaak relevante bepalingen staan in de artikelen 15 en 31. Vergelijkbare procedurele waarborgen waren ook al opgenomen in richtlijn 64/221/EEG, die de lidstaten met zoveel woorden toestond om het rechterlijk toezicht te beperken, bijvoorbeeld door te bepalen dat een beroep slechts betrekking kon hebben op de rechtmatigheid van een besluit.[50] Deze uitgebreid bediscussieerde beperkingen[51] zijn uiteindelijk niet teruggekomen in richtlijn 2004/38, die met zoveel woorden bepaalt dat zowel tegen besluiten die zijn genomen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid, als tegen besluiten waarbij de vrijheid van verkeer en verblijf om andere redenen is beperkt, gerechtelijke rechtsmiddelen moeten openstaan die voorzien in de mogelijkheid om zowel feitelijke als juridische kwesties te onderzoeken.

84. In de punten 23 tot en met 47 van deze conclusie heb ik gesteld dat de begunstigingsregeling van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 naar analogie moet worden toegepast op familieleden in ruime zin van terugkerende burgers van de Unie. Ik heb ook betoogd waarin die analoge toepassing precies bestaat: in de toepassing van de inhoud van de richtlijn, maar niet in het scheppen van nieuwe rechten.

85. Wat een dergelijk „renvoi" naar de richtlijn in deze zaak problematisch maakt, is dat artikel 3, lid 2, van de richtlijn zelf niet de specifieke procedurele waarborgen noemt waarmee de uitvoering van deze bepaling moet zijn omgeven. Het is dus niet volstrekt duidelijk wat die procedurele waarborgen zouden zijn indien artikel 3, lid 2, op zichzelf van toepassing was op een familielid in ruime zin in een gastland.

86. De kernvraag in dit verband is dan ook wat de personele werkingssfeer is van artikel 15 van de richtlijn. Volgens de Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk is deze bepaling in het algemeen niet van toepassing op door artikel 3, lid 2, van de richtlijn bestreken situaties. Artikel 15 spreekt immers uitsluitend van burgers van de Unie en hun „familieleden", waaronder volgens de in artikel 2, lid 2, van de richtlijn gegeven definitie geen familieleden in ruime zin vallen.

87. Dit tekstuele argument snijdt zonder meer hout, zij het ook dat de conclusie die daaruit normaliter zou moeten worden getrokken, enigszins wordt genuanceerd door de op de systematiek van de richtlijn gebaseerde overweging dat het begrip „familieleden" verderop in richtlijn 2004/38 niet op consistente wijze lijkt te worden gebruikt.[52]

50 Richtlijn 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 (PB 1964, L 56, blz. 850), met name artikel 9 ervan.

51 Waarvan is gezegd dat zij niet strookten met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming: zie conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de gevoegde zaken Shingara en Radiom (C-65/95 en C-111/95, EU:C:1996:451, punten 70 e.v.). Zie voor de uitlegging van de relevante bepalingen arresten van 25 juli 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), en 2 juni 2005, Dörr en Ünal (C-136/03, EU:C:2005:340).

52 In andere bepalingen van de richtlijn worden namelijk met „familieleden" ook de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 bedoelde personen bedoeld. Zo noemt artikel 10, lid 2, dat gaat over de afgifte van verblijfskaarten van familieleden, onder e) en onder f) de documenten waarvan de lidstaten overlegging moeten verlangen in het geval van personen als bedoeld in artikel 3, lid 2. Artikel 7, lid 4, bevat een afwijking van de algemene voorwaarden voor het verblijfsrecht van familieleden in opgaande lijn voor studenten: op die familieleden wordt de regeling van artikel 3, lid 2, van toepassing verklaard (zonder dat daarmee wordt gesuggereerd dat die personen niet meer als „familieleden" worden beschouwd voor de toepassing van de voor hen geldende procedurele waarborgen). Artikel 8, lid 5, van de richtlijn vermeldt de documenten die moeten worden overgelegd voor de afgifte van de verklaring van inschrijving aan „familieleden", en noemt in dit verband onder e) en f) ook personen die onder artikel 3, lid 2, vallen. Op het niet erg consistente gebruik van het begrip „familieleden" in verband met artikel 3, lid 2, is ook gewezen in Guild, E., Peers, S., en Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 80.

88. Er is echter een nogal sterk argument dat pleit voor een ruimere werkingssfeer van artikel 15 van richtlijn 2004/38. Volgens die bepaling zijn de procedurele waarborgen van toepassing op „besluiten ter beperking van het vrij verkeer van burgers van de Unie of hun familieleden". Hoewel men dus zou kunnen stellen dat familieleden in ruime zin niet tot de in artikel 15 bedoelde „familieleden" behoren, zou de weigering om aan die personen een verblijfskaart af te geven in feite vrij eenvoudig kunnen worden aangemerkt als een „beperking" van de vrijheid van verkeer van de *burger van de Unie* zelf, op wie die bepaling zonder meer van toepassing is.

89. Het Hof mag daarmee misschien geen „prijs voor humanistische rechtspraak" verdienen, maar het erkent reeds geruime tijd dat de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan familieleden van burgers van de Unie een *instrument* is om te verzekeren dat de burgers van de Unie zelf hun rechten van vrij verkeer kunnen uitoefenen.[53] Zoals ik in de punten 36 tot en met 38 van deze conclusie heb uiteengezet, is de begunstigingsregeling van artikel 3, lid 2, van de richtlijn ook op die gedachte van ondersteuning van de rechten van vrij verkeer van de burgers van de Unie gebaseerd. In een dergelijke, op indirecte beperkingen en belemmeringen gebaseerde gedachtegang lijkt het mij de minst grote stap om het besluit waarbij een familielid in ruime zin wordt geweigerd zich bij de terugkerende burger van de Unie te voegen, te zien als een besluit waardoor het vrij verkeer van een burger van de Unie daadwerkelijk wordt beperkt.

90. Wat hiervan ook zij, in de omstandigheden van de onderhavige zaak zijn de praktische implicaties van de toepasselijkheid van artikel 15 van richtlijn 2004/38 in zekere zin beperkt. Zoals ik in het volgende deel van deze conclusie zal uiteenzetten, gelden voor de in artikel 3, lid 2, van de richtlijn bedoelde aanvragers van een verblijfskaart hoe dan ook de procedurele waarborgen die voortvloeien uit artikel 47 van het Handvest, dat uitdrukking geeft aan het algemene Unierechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.

2. Effectieve rechterlijke bescherming op grond van artikel 47 van het Handvest

91. Het is sinds het arrest Heylens[54] vaste rechtspraak dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming meebrengt dat tegen alle beslissingen van nationale instanties waarbij de uitoefening van door het Unierecht verleende rechten wordt geweigerd, beroep in rechte moet kunnen worden ingesteld, ook als er geen specifieke bepalingen van afgeleid recht zijn waarin procedurele waarborgen zijn geformuleerd. Dit volgt ook uit artikel 4, lid 3, VEU en uit artikel 19, lid 1, VEU.[55]

92. Een dergelijke voorziening in rechte dient niet alleen beschikbaar te zijn in het geval van een door het Unierecht verleend recht van binnenkomst. Het Hof heeft onlangs de uit artikel 47 van het Handvest en uit het doeltreffendheidsbeginsel voortvloeiende verplichting om te voorzien in de mogelijkheid van rechterlijke toetsing bevestigd in het arrest El Hassani, dat betrekking had op de weigering om een Schengenvisum af te geven. Dit is een gebied waarop de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken wat de toepasselijke voorwaarden en de beoordeling van de relevante feiten betreft.[56] Bovendien bestaat er naar mijn mening *geen recht* op afgifte van een visum. Het feit dat er geen sprake is van een wettelijk materieel recht op een bepaald resultaat, laat echter onverlet dat de aanvrager recht heeft op een behoorlijke en rechtmatige behandeling van zijn aanvraag en in dit verband zo nodig aanspraak kan maken op rechterlijke bescherming.[57]

53 Zie bijvoorbeeld arresten van 12 maart 2014, S. en G. (C-457/12, EU:C:2014:136, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punten 32, 47 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Arrest van 15 oktober 1987, Heylens e.a. (222/86, EU:C:1987:442, punt 14). Zie bijvoorbeeld ook arresten van 3 december 1992, Oleificio Borelli/Commissie (C-97/91, EU:C:1992:491, punten 14 en 15), en 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punten 46 en 47).

55 Arrest van 14 september 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, punt 47).

56 Arrest van 13 december 2017 (C-403/16, EU:C:2017:960, punten 36-41).

57 Zie mijn conclusie in de zaak El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, punten 103-106).

93. Het staat dan ook vast dat zelfs indien artikel 15 van richtlijn 2004/38 niet op de in artikel 3, lid 2, van deze richtlijn bedoelde personen van toepassing is, het recht op toegang tot *gerechtelijke* rechtsmiddelen in de onderhavige zaak voortvloeit uit artikel 3, lid 2, van de richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest. Door geen van de belanghebbenden die opmerkingen hebben ingediend is ontkend dat toegang tot de rechter de regel behoort te zijn wanneer een verblijfsaanvraag van een familielid in ruime zin is afgewezen. Het twistpunt betreft veeleer de omvang en de intensiteit van de vereiste rechterlijke toetsing.

94. Als artikel 15 van richtlijn 2004/38 niet geldt met betrekking tot artikel 3, lid 2, betekent dit dat er geen specifieke voorschriften zijn die de omvang van de rechterlijke toetsing bepalen. Het is vaste rechtspraak dat wanneer dergelijke specifieke vereisten ontbreken, een en ander afhangt van de wijze waarop de lidstaten hun rechterlijke organisatie hebben vormgegeven.[58] Die procedurele autonomie van de lidstaten wordt echter in twee opzichten begrensd, namelijk door het gelijkwaardigheidsbeginsel en door het doeltreffendheidsbeginsel.[59]

95. Voorts staat ook vast dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een situatie waarin een lidstaat het recht van de Unie ten uitvoer brengt in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest, zodat de beschermingsnorm van artikel 47 van het Handvest moet worden geëerbiedigd.[60]

a) Gelijkwaardigheid

96. Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat de voorschriften die gelden voor op schending van het Unierecht gebaseerde vorderingen dezelfde zijn als (of niet minder gunstig zijn dan) die welke gelden voor soortgelijke op het nationale recht gebaseerde vorderingen.[61]

97. Uit de aan het Hof verstrekte informatie blijkt op geen enkele wijze dat dit beginsel in casu is geschonden. Deze zaak betreft het verschil in de rechterlijke bescherming die wordt geboden aan twee groepen van personen die rechten ontlenen aan het Unierecht, namelijk enerzijds familieleden in ruime zin en anderzijds familieleden stricto sensu. Een dergelijke vergelijking valt buiten het bereik van het gelijkwaardigheidsbeginsel, daar beide groepen van personen hun oorsprong hebben in het Unierecht.[62]

98. Banger heeft echter tijdens de terechtzitting betoogd dat het feit dat vaste partners (als familieleden in ruime zin) van burgers van de Unie geen toegang hebben tot de „appeal”-procedure, betekent dat zij anders worden behandeld dan vaste partners van Britse staatsburgers (waarmee Banger vermoedelijk doelt op Britse staatsburgers die hun rechten van vrij verkeer niet hebben uitgeoefend). Aangezien dit betoog niet verder is uitgewerkt, is het voor het Hof niet mogelijk om te bepalen welke nationale vorderingen als vergelijkingspunt voor de gelijkwaardigheidsbeoordeling zouden kunnen dienen. Het is dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of vorderingen die gericht zijn tegen de weigering om verblijfskaarten af te geven aan familieleden in ruime zin (zowel op grond van de richtlijn als op grond van de analoge toepassing van de richtlijn op familieleden in ruime zin van „terugkerende burgers van de Unie”), niet minder gunstig worden behandeld dan soortgelijke op het nationale recht gebaseerde vorderingen.

58 Zie bijvoorbeeld arresten van 5 maart 1980, Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69, punt 11), en 17 juni 1997, Shingara en Radiom (C-65/95 en C-111/95, EU:C:1997:300, punt 24).

59 Zie bijvoorbeeld arrest van 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Zie arresten van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29), en Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60).

61 Zie in die zin arrest van 17 maart 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 Zie arrest van 20 oktober 2016, Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789, punt 32).

b) Doeltreffendheid

99. Na het Verdrag van Lissabon hebben zich wat de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming betreft twee lijnen ontwikkeld: doeltreffendheid als een van de twee vereisten in de context van de procedurele autonomie van de lidstaten, en doeltreffendheid in de zin van het in artikel 47 van het Handvest verankerde grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte.

100. Men is het er nog niet over eens hoe deze twee vormen van „doeltreffendheid" zich exact tot elkaar verhouden.[63] Praktisch gezien is mij echter niet duidelijk wat een toetsing aan artikel 47 van het Handvest, als het gaat om voorzieningen *in rechte*, eigenlijk zou toevoegen aan een toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel. Dat geldt al helemaal wanneer laatstgenoemd beginsel aldus wordt opgevat dat op grond daarvan het verhalen van een op het Unierecht gebaseerde vordering behalve niet *onmogelijk* ook niet *uiterst moeilijk* mag worden gemaakt. Ik herinner eraan dat beide beginselen naar hun aard uitsluitend van toepassing zijn in Unierechtelijke zaken en met betrekking tot een daadwerkelijke op het Unierecht gebaseerde vordering.

101. Wat hiervan ook zij, het lijkt erop dat sinds de inwerkingtreding van het Handvest artikel 47 tot een steeds indringendere toetsing is gaan leiden.[64] Afgaande op de rechtspraak van het Hof, lijken namelijk thans uit artikel 47 van het Handvest strengere eisen voort te vloeien dan uit het doeltreffendheidsbeginsel. Het kan aan de rechtsleer worden overgelaten om uit te maken in hoeverre dit is toe te schrijven aan de tekst van artikel 47 van het Handvest zelf en in hoeverre dit niet meer dan de logische consequentie is van de nieuwere, van na Lissabon daterende rechtspraak, waarin de focus is gelegd op dat artikel en die zich op basis van dat artikel heeft ontwikkeld. De meest in het oog springende elementen van de rechtspraak laten zich als volgt samenvatten.

102. In de context van het doeltreffendheidsbeginsel als grens aan de procedurele autonomie van de lidstaten heeft het Hof geoordeeld dat niet in alle omstandigheden vereist is dat de rechter zijn beoordeling van de zaak ten gronde en van de feiten *in de plaats kan stellen* van die van het orgaan dat het besluit heeft genomen.[65] Uit de rechtspraak van het Hof blijkt ook dat de uitoefening van door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt door het enkele feit dat de beoordeling van bepaalde feitelijke kwesties slechts beperkt door de rechter wordt getoetst.[66] Het gaat erom dat de nationale procedure inzake rechterlijke toetsing van beslissingen „de rechter bij wie beroep tot nietigverklaring van een dergelijke beslissing is ingesteld, in staat moet stellen bij de toetsing van de rechtmatigheid van die beslissing de relevante beginselen en regels van het recht van de Unie daadwerkelijk toe te passen".[67] De omvang en de intensiteit van de op grond van het doeltreffendheidsbeginsel vereiste rechterlijke toetsing hangt af van de inhoud en de aard van de relevante beginselen en regels van Unierecht waaraan met het bestreden nationale besluit uitvoering is gegeven.[68]

63 Zie bijvoorbeeld eerder Prechal, S., en Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between ‚Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", *Review of European Administrative Law*, deel 4, 2011, blz. 31-50, in het bijzonder blz. 46.

64 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Puškár (C-73/16, EU:C:2017:253, punten 49 e.v.), alsmede conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, punten 65 e.v.).

65 Net zoals bij de toetsing van handelingen van de Unie door de rechterlijke instanties van de Unie geldt dit met name wanneer een bestuursorgaan ingewikkelde beoordelingen moet verrichten en daarom veel beoordelingsvrijheid heeft. Zie arrest van 21 januari 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, punten 34 en 35).

66 Zie arrest van 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punt 58), waarin de verwijzende rechter had beklemtoond dat de relevante feitelijke vaststellingen van het bestuursorgaan maar zeer beperkt konden worden getoetst.

67 Arrest van 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punt 58). Zie ook arresten van 21 januari 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, punten 30, 35 en 36), en 9 juni 2005, HLH Warenvertrieb en Orthica (C-211/03, C-299/03 en C-316/03– C-318/03, EU:C:2005:370, punten 75-79).

68 Zie in die zin arresten van 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punten 40-45), en 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punten 59-64), waarin het Hof heeft geoordeeld dat bij overheidsopdrachten een rechterlijke toetsing die beperkt is tot het onderzoek of besluiten arbitrair zijn, ontoereikend is. Zie op ditzelfde gebied, met betrekking tot een rechterlijke toetsing waarbij de redelijkheid van besluiten werd beoordeeld, conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, punten 65 e.v.).

103. De verplichting om een uitvoeriger toetsing te verrichten, die zich onder meer uitstrekt tot de feiten en tot het besluit zelf, wordt op grond van de in artikel 47 van het Handvest geformuleerde eisen belangrijker wanneer een dergelijke toetsing, alle omstandigheden van de betrokken zaak in aanmerking genomen, relevant is. Het Hof heeft namelijk in verband met het recht op *toegang tot de rechter* verklaard dat „een ‚gerecht' pas in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest over een betwisting inzake uit het Unierecht voortvloeiende rechten en verplichtingen kan beslissen indien [dat gerecht] bevoegd is om *alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken*".[69] In de context van de toetsing van bestuurshandelingen heeft het Hof ook geoordeeld dat het in de tweede alinea van artikel 47 geformuleerde onpartijdigheidsvereiste meebrengt dat „het besluit van een bestuursorgaan dat niet zelf aan de voorwaarden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voldoet, later [moet kunnen worden] onderworpen aan toezicht door een rechterlijk orgaan, dat onder meer bevoegd moet zijn om op *alle relevante vragen* in te gaan".[70]

104. Of het recht op effectieve rechterlijke bescherming is geëerbiedigd, moet dan ook worden beoordeeld in het licht van de specifieke context en aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval, „met name de aard van de betrokken handeling, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie beheersen".[71] Zo heeft het Hof, rekening houdend met de specifieke Unierechtelijke bepalingen en met de specifieke aard van de in geding zijnde rechten en belangen, de noodzaak benadrukt van een grondige toetsing van beslissingen, die zich zowel tot feitelijke als tot juridische kwesties uitstrekt, met name wanneer de toepasselijke regelingen reeds bepaalde geharmoniseerde procedurele normen bevatten.[72]

105. Tot slot kan ook algemene inspiratie[73] worden geput uit de rechtspraak van het EHRM over de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Volgens de rechtspraak van dat rechtscollege over eerstgenoemd artikel moet voor de vraag of de aan een verzoeker ter beschikking staande rechtsmiddelen toereikend zijn, worden gekeken naar de bevoegdheden van het betrokken rechterlijk orgaan en naar factoren als „a) het onderwerp van het besluit waartegen wordt opgekomen, en dan met name of het besluit al dan niet betrekking heeft op een specialistisch onderwerp dat bepaalde beroepskennis of -ervaring vergt, en of het bestuursorgaan bij de vaststelling van het besluit over beoordelingsvrijheid heeft beschikt, en zo ja, in hoeverre; b) de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen, en dan met name de procedurele waarborgen waarmee de administratieve procedure omgeven is geweest, en c) de inhoud van het geschil, waaronder ook de gewenste en de feitelijke beroepsgronden".[74]

69 Arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 49). Cursivering van mij. Zie ook arrest van 17 december 2015, Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825, punt 38).

70 Arrest van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punt 55). Cursivering van mij.

71 Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juli 2013, Commissie e.a./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, EU:C:2013:518, punt 102); 9 februari 2017, M (C-560/14, EU:C:2017:101, punt 33), en 26 juli 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, punt 41).

72 Zie bijvoorbeeld inzake asiel arrest van 28 juli 2011, Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524, punten 56, 57 en 61). Zie voorts bijvoorbeeld Reneman, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 Inderdaad louter inspiratie, daar artikel 47 van het Handvest een ruimer bereik heeft dan artikel 6, lid 1, van het EVRM (dat slechts betrekking heeft op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of het bepalen van de gegrondheid van een vervolging) en artikel 13 van het EVRM (dat slechts geldt voor de in het EVRM vermelde rechten en vrijheden).

74 EHRM, 21 juli 2011, Sigma Rado Television Ltd. tegen Cyprus, CE:ECHR:2011:0721JUD003218104, § 154 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

106. Het is wellicht zinvol om erop te wijzen dat het EHRM in verschillende zaken na een beoordeling van die factoren de door het Engelse recht geboden mogelijkheid van „judicial review" toereikend heeft geacht.[75] Er zijn echter ook zaken geweest waarin het EHRM een schending van 6, lid 1, van het EVRM heeft aangenomen omdat de toetsende rechter zich niet kon uitspreken over de *kernvraag in het geschil* dan wel omdat hij zich gebonden achtte aan de eerdere vaststellingen van het bestuursorgaan die beslissend waren voor de uitkomst van de bij hem aangebrachte zaak, en er dus van een onafhankelijk rechterlijk toezicht geen sprake was.[76]

107. Bij wijze van conclusie zou ik twee (met elkaar samenhangende) punten willen benadrukken. Ten eerste is het best mogelijke algemene antwoord op de vraag welke eisen uit de rechtspraak naar voren komen ten aanzien van de omvang en de intensiteit van de rechterlijke toetsing, kort en bondig: het hangt allemaal af van verschillende factoren. Het hangt af van het specifieke karakter van de op het Unierecht gebaseerde rechten en aanspraken zoals die zijn vastgelegd in de toepasselijke Uniewetgeving, geanalyseerd in een bepaalde, met het onderwerp van het geschil verband houdende context. Ten tweede is het zo dat hoe meer de (procedurele) normen in het Unierecht zelf zijn geharmoniseerd, des te grondiger de toetsing op nationaal niveau dient te zijn. Net zoals op veel andere terreinen van het Unierecht het geval is, betekent dit omgekeerd ook dat hoe minder expliciet de Unierechtelijke bepalingen terzake zijn, des te vrijer de lidstaten zijn in de wijze waarop zij de rechterlijke bescherming vormgeven.

3. Effectieve rechterlijke bescherming en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38

108. Wat zijn nu de specifieke rechten die worden verleend door de Unierechtelijke bepalingen die in deze zaak van toepassing zijn? Zoals het Hof in het arrest Rahman heeft verklaard, laat artikel 3, lid 2, van de richtlijn de lidstaten een ruime beoordelingsmarge.[77] Die beoordelingsmarge is echter niet onbegrensd. De Commissie heeft er terecht op gewezen dat die beoordelingsmarge betrekking heeft op de omstandigheden die de lidstaten in aanmerking nemen en op de voorwaarden die zij vaststellen teneinde te voldoen aan hun verplichting tot invoering van nationale bepalingen om binnenkomst en verblijf van familieleden in ruime zin te vergemakkelijken. Die beoordelingsmarge strekt zich ook uit tot de concrete beoordeling van de relevante feiten teneinde te bepalen of aan die voorwaarden is voldaan.

109. Van een „black box" mag echter geen sprake zijn. Ook wanneer de bevoegde autoriteiten over een beoordelingsmarge beschikken, moet volgens de rechtspraak van het Hof bij de rechterlijke toetsing van een besluit worden nagegaan of het besluit op een voldoende solide feitelijke grondslag is gebaseerd en of het aan de procedurele waarborgen voldoet.[78] Om te kunnen beoordelen of de grenzen van de door de richtlijn toegekende beoordelingsmarge zijn gerespecteerd, moet de nationale rechter de mogelijkheid hebben om zowel alle procedurele aspecten alsook de materiële elementen van een besluit te onderzoeken, inclusief de feiten waarop het besluit is gebaseerd.[79]

75 Zie bijvoorbeeld EHRM, 22 november 1995, Bryan tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, §§ 44-47; EHRM, 27 oktober 2009, Crompton tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 78 en 79, en EHRM, 20 oktober 2015, Fazia Ali tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2015:1020JUD004037810, § 79 e.v. Inzake artikel 13 van het EVRM zie EHRM, 7 juli 1989, Soering tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, §§ 121 en 124, en 30 oktober 1991, Vilvarajah e.a. tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, §§ 122 to 127.

76 EHRM, 28 mei 2002 Kingsley/Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, §§ 32-34, en EHRM, 14 november 2006, Tsfayo tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, §§ 46-49. Inzake artikel 13 van het EVRM zie EHRM, 27 september 1999, Smith en Grady tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, §§ 135-139, en EHRM, 8 juli 2003, Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, §§ 140-142.

77 Zie de punten 53-55 van deze conclusie.

78 Zie in die zin arrest van 4 april 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, punten 45 en 46).

79 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908, punt 78).

110. Ook wat dit betreft geeft het arrest Rahman al een duidelijk richtsnoer: een aanvrager in de zin van artikel 3, lid 2, heeft „het recht […] om door een rechterlijke instantie te laten nagaan of de nationale wetgeving en de toepassing ervan binnen de grenzen van de in de richtlijn neergelegde beoordelingsmarge zijn gebleven”.[80] Hoewel de richtlijn de lidstaten een aanzienlijke beoordelingsmarge laat, moeten de nationale rechterlijke instanties immers kunnen toetsen of een nationaal besluit in overeenstemming is met de in artikel 3, lid 2, van de richtlijn geformuleerde verplichtingen.

111. Artikel 3, lid 2, van de richtlijn bevat, afgezien van de verplichting tot vergemakkelijking, in wezen drie vereisten waarvan de rechter moet kunnen toetsen of eraan is voldaan: het betrokken besluit moet gebaseerd zijn op een *nauwkeurig onderzoek* (i), wat logischerwijs tot uitdrukking moet komen in de *motivering van een eventuele weigering van toegang of verblijf*. Voorts moet dat onderzoek betrekking hebben op de *persoonlijke situatie*, zoals de relatie met de burger van de Unie en de situatie van afhankelijkheid (iii).

112. Al die aspecten moeten door een rechter kunnen worden getoetst. De nationale rechter moet bevoegd zijn om, zo hij dit nodig acht, de belangrijkste feiten te onderzoeken waarop het bestuursbesluit is gebaseerd.[81] Nagegaan moet kunnen worden of de door het bestuursorgaan aangevoerde redenen in overeenstemming zijn met de criteria die, met inachtneming van de door richtlijn 2004/38 bepaalde grenzen, in de nationale wetgeving zijn vastgesteld. Ook moet kunnen worden getoetst of de motivering toereikend en adequaat is. Met name moet kunnen worden beoordeeld of de specifieke persoonlijke omstandigheden die voor de gehanteerde criteria relevant zijn, naar behoren zijn onderzocht.

113. Zolang al die aspecten kunnen worden getoetst en een besluit dat met die vereisten in strijd is, kan worden vernietigd, houdt de in artikel 47 van het Handvest geformuleerde eis van een doeltreffende voorziening in rechte daarentegen naar mijn mening niet in dat de toetsende rechter bevoegd moet zijn om nieuw bewijs te onderzoeken, noch dat hij feiten moet kunnen vaststellen die niet in de procedure voor het bestuursorgaan zijn aangevoerd, dan wel bevoegd moet zijn om meteen zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van het bestuursorgaan.

114. Het is aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is het nationale recht uit te leggen, om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre het systeem van „judicial review” in het hoofdgeding aan die vereisten voldoet.

4. Tussenconclusie

115. Gelet op een en ander moet naar mijn mening op de vierde prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 aldus moet worden uitgelegd dat besluiten waarbij aan familieleden in ruime zin toegang of verblijf wordt geweigerd, overeenkomstig artikel 47 van het Handvest aan een effectieve rechterlijke toetsing moet kunnen worden onderworpen. Het is aan de bevoegde nationale rechter om te bepalen of het op grond van het nationale recht beschikbare systeem van rechterlijke toetsing aan dat vereiste voldoet.

80 Arresten van 7 september 2004, Waddenvereniging en Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482, punt 66); 26 mei 2011, Stichting Natuur en Milieu e.a. (C-165/09–C-167/09, EU:C:2011:348, punten 100-103), en 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 25), met verwijzing naar arrest van 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, EU:C:1996:404, punt 56).

81 Ik wil benadrukken dat dit alleen maar betekent dat door het bestuursorgaan gedane feitelijke vaststellingen niet *volledig* van rechterlijke toetsing kunnen worden uitgesloten. Met welke middelen tegen dergelijke feitelijke vaststellingen kan worden opgekomen (zoals onjuiste beoordeling van de feiten, kennelijke beoordelingsfout; onjuiste opvatting van bewijs) en op welk niveau die vaststellingen in een nationaal stelsel van bestuursrechtspraak zullen worden beoordeeld, is wederom een zaak van nationaal recht. Zie voor een rechtsvergelijkende analyse van verschillende nationale toetsingssystemen bijvoorbeeld Schwarze, J., *Droit administratif européen*, 2e druk, Bruylant 2009, blz. 274-311.

V. Conclusie

116. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de vragen van de Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) te beantwoorden als volgt:

– „Artikel 21, lid 1, en artikel 45 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat wanneer een burger van de Unie een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd gedurende de periode waarin hij in een andere lidstaat zijn verblijfsrechten heeft uitgeoefend, bij terugkeer van die burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst de begunstigingsregeling van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PB 2004, L 158, blz. 77, met rectificaties in PB 2004, L 229, blz. 35, en PB 2007, L 204, blz. 28), naar analogie van toepassing is op de partner met wie de burger van de Unie een duurzame relatie heeft. Bijgevolg is die lidstaat verplicht om in de zin van artikel 3, lid 2, van de richtlijn overeenkomstig zijn nationaal recht binnenkomst en verblijf van de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft, te vergemakkelijken.

– Wanneer een burger van de Unie naar zijn lidstaat van herkomst terugkeert nadat hij in een andere lidstaat zijn verblijfsrechten heeft uitgeoefend en daar zijn gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met een partner met wie hij een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft, brengen artikel 21, lid 1, en artikel 45 VWEU voor die lidstaat van herkomst de verplichting mee om bij zijn beslissing ter zake van de binnenkomst en het verblijf van die partner de persoonlijke situatie nauwkeurig te onderzoeken en om een eventuele weigering van toegang of verblijf te motiveren, overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38.

– artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 moet aldus worden uitgelegd dat besluiten waarbij aan familieleden in ruime zin toegang of verblijf wordt geweigerd, overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aan een effectieve rechterlijke toetsing moeten kunnen worden onderworpen. Het is aan de bevoegde nationale rechter om te bepalen of het op grond van het nationale recht beschikbare systeem van rechterlijke toetsing aan dat vereiste voldoet.”