Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest

H.H.C. Kroeze LL.M. en B. Safradin LL.M.*

In *Coman* heeft het Hof van Justitie voor het eerst uitspraak gedaan over het recht op gezinshereniging van een EU-burger met zijn partner van hetzelfde geslacht op basis van de Burgerschapsrichtlijn (Richtlijn 2004/38/EG). De vraag van de verwijzende Roemeense rechter heeft betrekking op de kwestie of een derdelander die gehuwd is met een EU-burger van hetzelfde geslacht als ‘echtgenoot’ van een Unieburger in de zin van het EU-recht aangemerkt kan en moet worden. Het Hof van Justitie beantwoordt die vraag bevestigend. Het arrest *Coman* is een overwinning voor de LHBTI-gemeenschap, omdat het Hof van Justitie met dit arrest lidstaten verplicht de burgerlijke staat van getrouwde homoseksuele koppels te erkennen voor wat betreft de uitoefening van de vrijverkeersrechten. Deze annotatie bespreekt zowel de implicaties als de beperkingen van het arrest. Het is bijvoorbeeld nog onduidelijk hoe ver de gelijke behandeling van koppels van hetzelfde geslacht strekt en of zij via het EU-recht ook toegang kunnen krijgen tot andere rechten die aan het huwelijk gekoppeld zijn, zoals socialezekerheidsrechten. Daarnaast legt het arrest de kwestie van omgekeerde discriminatie opnieuw bloot.

HvJ 5 juni 2018, zaak C-676/16, Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrari, Ministerul Afacerilor Interne, ECLI:EU:C:2018:385.

Introductie

In het langverwachte arrest *Coman* concludeert het Hof van Justitie dat de term ‘echtgenoot’ voor de toekenning van gezinsherenigingsrechten onder het vrijverkeersrecht van de Unie tevens de echtgenoot van hetzelfde geslacht omvat. Dit betekent dat een EU-burger die gebruik heeft gemaakt van het vrij verkeer er recht op heeft dat zijn of haar echtgenoot van hetzelfde geslacht een verblijfsrecht wordt toegekend, zowel in de gastlidstaat als na terugkeer naar de eigen lidstaat van de EU-burger, ongeacht de vraag of de thuislidstaat het homohuwelijk zelf heeft erkend.

Coman is een historische uitspraak van grote constitutionele waarde die de potentie heeft het landschap van LHBTI¹-rechten in Europa te veranderen, met name als het gaat om de erkenning van relaties van koppels van hetzelfde geslacht in de EU. Daarnaast is het een arrest van betekenis omdat het Hof van Justitie in *Coman* een andere richting is ingeslagen ten opzichte van de uitspraak in *D. en Koninkrijk Zweden/Raad*, daterend uit 2000. In deze laatste zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de definitie van een huwelijk een ‘verbond’ is dat gesloten wordt tussen twee personen van verschillend geslacht en dat deze definitie samenhangt met wat algemeen geaccepteerd is in de lidstaten op dit gebied.² Destijds had nog geen van de lidstaten het homohuwelijk erkend, terwijl op het moment van schrijven twaalf lidstaten het homohuwelijk wel erkennen.³ *Coman* reflecteert daarmee de veranderende opvattingen in de

51

* H.H.C. (Hester) Kroeze LL.M. is promovenda in het Europees recht aan de Universiteit van Gent. B. (Barbara) Safradin LL.M. is junior onderzoeker verbonden aan het ETHOS-project en docente Europees recht aan de Universiteit van Utrecht. De auteurs willen Hanneke van Eijken en Edmon Oude Elferink bedanken voor hun waardevolle opmerkingen en Dimitry Kochenov voor zijn aanvullende observaties met betrekking tot een eerdere versie van deze annotatie.

1. Deze term staat voor ‘lesbische vrouwen (L), homoseksuele mannen (H), biseksuelen (B), transgenders (T) en interseksue personen (I)’.
2. HvJ 31 mei 2001, gevoegde zaken C-122/99 P en C-125/99 P, *D. en Koninkrijk Zweden/Raad van de Europese Unie*, ECLI:EU:C:2001:304.
3. Nederland was het eerste land in de EU dat het homohuwelijk legaliseerde, namelijk in 2001. Denemarken had wel al het geregistreerd partnerschap voor homoseksuele koppels ingevoerd in 1989, maar het huwelijk nog niet – zie: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>. En zie voor de laatste cijfers in de EU omtrent legalisering van het homohuwelijk: <https://>

maatschappij ten aanzien van de rechten van koppels van hetzelfde geslacht, die steeds meer draagvlak krijgen in Europa.

Na de uiteenzetting van de feiten en het juridisch kader, de conclusie van advocaat-generaal Wathelet en de uitspraak van het Hof van Justitie, zullen wij in deze bijdrage ingaan op de reacties op de uitspraak van onder andere academici en de lidstaten, de positionering van het arrest in de bestaande rechtspraak en de betekenis van het arrest voor de rechten van koppels van hetzelfde geslacht onder het Unierecht. In het commentaar gaan wij dieper in op de beperkte reikwijdte van het arrest, met name ten aanzien van gelijke behandeling van koppels van hetzelfde geslacht buiten de context van het vrij verkeer en de rechten van homoseksuele koppels die geen gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer en die daardoor omgekeerd gediscrimineerd worden.

De feiten en het juridisch kader

Coman (Roemeens en Amerikaans) en Hamilton (Amerikaans) woonden van 2005 tot 2009 samen in New York. Coman verliet vervolgens de Verenigde Staten om te werken in Brussel, waar het koppel in 2010 is getrouwd voor de Belgische wet. Op basis van dit huwelijk is aan Hamilton in België een verblijfsrecht toegekend. Vanuit België heeft het echtpaar bij de Roemeense autoriteiten geïnformeerd of het mogelijk was om als gehuwden terug te keren naar Roemenië, waar het homohuwelijk niet erkend wordt⁴ en ook daar een verblijfsrecht voor Hamilton te verkrijgen. De Roemeense autoriteiten hebben het koppel geantwoord dat dit onmogelijk was, omdat Roemenië het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht niet erkent.⁵ Coman en Hamilton hebben beroep ingesteld tegen deze beslissing. In het kader van deze procedure heeft het Roemeense grondwettelijke Hof de zaak verwezen naar het Hof van Justitie.⁶

De zaak betreft het recht op gezinshereniging van Coman, die een EU-burger is, met zijn familielid, Hamilton, op basis van het vrij verkeer van personen. Richtlijn 2004/38/EG is van toepassing op EU-burgers die zich begeven naar of verblijven in een lidstaat waar ze de nationaliteit niet van hebben. Artikel 2 lid 2 jo. 3 lid 1 van die richtlijn bepaalt dat echtgenoten van een Unieburger het recht hebben om samen met hem in de gastlidstaat te verblijven, mits zij zich bij de Unieburger

voegen of hem daar vergezellen.⁷ Deze familieleden hebben automatisch een ‘afgeleid’ verblijfsrecht in de lidstaat waar de Unieburger verblijft, ongeacht hun nationaliteit en ongeacht of zij burgers van de Unie zijn. Na terugkeer naar de thuislidstaat van de EU-burger kan zo ook een echtgenoot het verblijfsrecht behouden, omdat de EU-burger ervan weerhouden zou kunnen worden om gebruik te maken van het vrij verkeer als hij na terugkomst in de eigen lidstaat de voor zijn familie opgebouwde rechten weer zou kunnen verliezen.⁸ Richtlijn 2004/38/EG moet dan naar analogie worden toegepast.⁹ In het toepasselijke Unierecht is echter niet gedefinieerd of deze rechten alleen ingeroepen kunnen worden door echtgenoten in heteroseksuele huwelijken, of dat ze ook van toepassing zijn op homoseksuele huwelijken.

In deze context is aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of echtgenoten van hetzelfde geslacht onder de definitie van ‘echtgenoot’ vallen, zoals die in artikel 2, punt 2, sub a van Richtlijn 2004/38/EG is opgenomen, of dat zij zich kunnen kwalificeren als ‘ander familielid’ of ‘partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft’, die onder bepaalde omstandigheden ook rechten kan ontlenen aan artikel 3 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG.¹⁰

Conclusie van advocaat-generaal Wathelet

Advocaat-generaal Wathelet observeert in zijn conclusie allereerst dat de kern van het geding niet de legalisatie van het homohuwelijk betreft, maar het vrij verkeer van Unieburgers.¹¹ Hij stelt vast dat het de lidstaten vrij staat om in hun nationale rechtstelsels het huwelijk alleen open te stellen voor heteroseksuele koppels of ook voor homoseksuele koppels, maar dat deze vrijheid niet

europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm.

4. Art. 48 Grondwet van Roemenië, beschikbaar op www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf [geraadpleegd op 12 november 2018].
5. Het Roemeense burgerlijk wetboek verbiedt het homohuwelijk en erkent dergelijke bonden niet, ook niet als ze in het buitenland worden aangenomen (art. 227 lid 1, 2 en 4 Burgerlijk Wetboek).
6. HvJ 5 juni 2018, zaak C-673/16, *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări en Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385, punten 9-16.

7. 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, *PbEU* 2004, L 158.
8. HvJ 7 juli 1992, zaak C-370/90, *Surinder Singh*, ECLI:EU:C:1992:296, punten 23 en 25; HvJ 23 september 2003, zaak C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:491; HvJ 11 december 2007, zaak C-291/05, *Eind*, ECLI:EU:C:2007:771; HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449; HvJ 12 maart 2014, zaak C-456/12, *O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/ B*, ECLI:EU:C:2014:135; HvJ 5 juni 2018, zaak C-673/16, *Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări en Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385; HvJ 20 februari 2017, zaak C-89/17, *Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:570; zie ook E. Guild, S. Peers en J. Tomkin, *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 58-61; V. Verbist, *Reverse discrimination in the European Union: a recurring balancing act*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 101-114; A. Tryfonidou, *Reverse discrimination in EC law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 103-106.
9. *O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B*, punt 61; *Coman*, punt 24.
10. *Coman*, punt 17.
11. Conclusie A-G Wathelet, 11 januari 2018, zaak C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2.

afdoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit het vrij verkeer van Unieburgers.¹²

Daarnaast concludeert de advocaat-generaal dat Richtlijn 2004/38/EG de lidstaten niet het recht geeft om naar nationaal recht te bepalen wat onder ‘echtgenoot’ dient te worden verstaan. Het is daarom aan het Hof van Justitie om hier invulling aan te geven, zodat dit begrip in de gehele Unie autonoom en uniform wordt uitgelegd.¹³ In die context overweegt de advocaat-generaal dat het begrip ‘echtgenoot’ in de zin van die richtlijn neutraal is ten aanzien van het geslacht van de betrokken personen en ook niet afhangt van de plaats waar het huwelijk voltrokken is.¹⁴ Daarnaast betreft hij bij zijn oordeel de ontwikkeling dat steeds meer lidstaten in de EU het homohuwelijk erkennen.¹⁵ Daaruit concludeert hij dat de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt vastgesteld dat het begrip ‘huwelijk’ ‘volgens de door de lidstaten in het algemeen aanvaarde definitie van het begrip “huwelijk” een verbintenis is die enkel gesloten kan worden door twee personen van verschillend geslacht’, inmiddels achterhaald is.¹⁶

De advocaat-generaal vervolgt met de overweging dat het begrip ‘echtgenoot’ noodzakelijkerwijs samenhangt met het gezinsleven dat op dezelfde wijze wordt beschermd door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) in artikel 7 en door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in artikel 8.¹⁷ Hij verwijst daarvoor naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat erkend heeft dat koppels van hetzelfde geslacht gezinsleven genieten en dat zij de optie moeten hebben om wettelijke erkenning en juridische bescherming van hun relatie te verkrijgen in de lidstaat waar zij op dat moment verkeren.¹⁸ In de context van die ontwikkelingen stelt de advocaat-generaal dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven ook inhoudt dat het begrip ‘echtgenoot’ voor de toepassing van Richtlijn 2004/38/EG geslachtsneutraal moet worden uitgelegd en dus eveneens van toepassing is op de echtgenoot van een Unieburger van hetzelfde geslacht.¹⁹ Wanneer het koppel binnen de reikwijdte van het Unierecht valt, is de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot terugkeersituaties van toepassing. Dat wil

zeggen dat de derdelander-echtgenoot van de Unieburger na terugkeer naar diens thuislidstaat ook op het grondgebied van die lidstaat mag verblijven door de analoge toepassing van Richtlijn 2004/38/EG als het koppel in de gastlidstaat een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd.²⁰

Uitspraak van het Hof van Justitie

Als eerste bespreekt het Hof van Justitie de bestaande jurisprudentie over de toepassing van Richtlijn 2004/38/EG in de gastlidstaat en naar analogie na terugkeer naar de thuislidstaat van de Unieburger, waar de richtlijn zelf ingevolge de personele reikwijdte ervan niet toegepast kan worden.²¹ In plaats daarvan wordt het verblijfsrecht van het familielid van de Unieburger na terugkeer direct ontleend aan artikel 21 VWEU. De mogelijkheid om dit verblijfsrecht te behouden baseert het Hof van Justitie op de effectiviteit van het vrij verkeer van personen, want als die mogelijkheid niet zou bestaan, dan zou de Unieburger ervan weerhouden kunnen worden om zijn vrijverkeersrechten uit te oefenen.²² Voorwaarde voor het behoud van dit verblijfsrecht in de thuislidstaat is dat de Unieburger en zijn familielid een familielevens hebben opgebouwd of bestendigd tijdens het verblijf in de gastlidstaat dat reëel en daadwerkelijk moet zijn geweest.²³ Ten aanzien van de vraag of een derdelander die gehuwd is met een EU-burger van hetzelfde geslacht onder het EU-recht als echtgenoot in de zin van Richtlijn 2004/38/EG beschouwd moet worden, overweegt het Hof van Justitie dat het begrip ‘echtgenoot’ in deze richtlijn gespecificeerd wordt als een persoon die met een andere persoon in het huwelijk is verbonden. Uit deze formulering blijkt niet dat aan de uitoefening van het vrij verkeer een voorwaarde is gesteld ten aanzien van het geslacht van de echtgenoot. De kwalificatie ‘echtgenoot’ is dus geslachtsneutraal en kan ook de echtgenoot van hetzelfde geslacht als de Unieburger omvatten.²⁴ Dit geldt eens te meer omdat de invulling van het begrip ‘echtgenoot’, anders dan de geregistreerde partner onder artikel 2 punt 2 b van de richtlijn, niet afhankelijk is van de wetgeving van de lidstaat waarnaar de Unieburger van plan is zich te begeven of waar hij van plan is te verblijven. Een lidstaat kan zich daarom niet beroepen op zijn nationale recht om zich ertegen te verzetten dat een huwelijk tussen twee

12. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*.

13. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 34.

14. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 34.

15. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 56. Op het moment van schrijven hebben dertien lidstaten het homohuwelijk erkend in de Europese Unie. In Bulgarije is het homohuwelijk grondwettelijk verboden. In Slovenië, Estland en Italië is het geregistreerd partnerschap erkend. In juni 2018 maakten in Tsjechië vier parlementsleden een wet om het homohuwelijk legaal te maken. De Tsjechische regering heeft aangegeven dit te steunen. De wet moet echter eerst nog door beide kamers van het parlement goedgekeurd worden en getekend worden door de president.

16. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 57, cursivering toegevoegd.

17. Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950.

18. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 62. Het EHRM heeft daarover geoordeeld dat het doel van de bescherming van het ‘traditionele gezin’ geen discriminatie op grond van seksuele geaardheid kan rechtvaardigen met betrekking tot de mogelijkheid tot gezinshereniging.

19. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punten 66, 71-77.

20. Conclusie A-G Wathelet, *Coman*, punt 87. Zie hieronder.

21. *Coman*, punten 20 en 21.

22. *Coman*, punt 23.

23. *Coman*, punt 32; O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B, punt 53; zie ook Mededeling van de Commissie betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, punt 4.3.

24. *Coman*, punten 33-35, met verwijzing naar HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, *Blaise Baheten Metock e.a./Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2008:449, punten 98-99.

mensen van hetzelfde geslacht dat in een ander lidstaat gesloten is, wordt erkend ten behoeve van de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan de betrokken derde-lander.²⁵

Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat het definiëren van het huwelijk en de regels daaromtrent weliswaar tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort, maar dat zij bij de uitoefening van die bevoegdheden wel verplicht zijn om het Unierecht in acht te nemen.²⁶ De toepassing van het Europees recht mag niet afhankelijk gemaakt worden van de inhoud van het nationale recht. Het is een lidstaat daarom niet toegestaan om een verblijfsrecht dat is afgeleid van Richtlijn 2004/38/EG niet te erkennen vanwege het enkele feit dat het nationale recht het homohuwelijk niet toestaat.²⁷ Een weigering van het verblijfsrecht wordt in een dergelijke situatie aangemerkt als een belemmering van het vrij verkeer, die slechts gerechtvaardigd kan worden door objectieve overwegingen van algemeen belang, zoals de bescherming van de nationale identiteit van de lidstaten. De belemmering van het vrij verkeer van personen moet dan evenredig zijn ten aanzien van de gestelde doelstelling.²⁸ In dat licht heeft de Roemeense regering betoogd dat het wezenlijke karakter van het huwelijk en de wens van verschillende lidstaten om vast te houden aan de opvatting van het huwelijk als een eenheid tussen een man en een vrouw²⁹ een dergelijke rechtvaardiging vormt die in het belang is van de bescherming van de nationale identiteit van de lidstaten.³⁰ Het Unierecht verplicht echter alleen om het verblijfsrecht dat in andere lidstaten is opgebouwd te erkennen, ongeacht het geslacht van de echtgenoot. Dit betekent niet dat de lidstaat het homoseksuele huwelijk ook in de eigen wetgeving moet opnemen.³¹ De nationale identiteit van de lidstaten is daarmee voldoende gewaarborgd, zodat het betoog om het vrij verkeer wegens de bescherming van die identiteit te beperken niet kan slagen.³²

Als laatste merkt het Hof van Justitie op dat de rechtvaardiging van nationale maatregelen die een belemmering voor de uitoefening van het vrij verkeer kunnen vormen in overeenstemming moet zijn met artikel 7 van het Handvest.³³ Deze bescherming moet minimaal overeenkomen met de bescherming die door artikel 8 EVRM

geboden wordt.³⁴ Net als de advocaat-generaal refereert het Hof van Justitie hier aan artikel 8 EVRM dat volgens het EHRM ook van toepassing is op de relatie tussen twee personen van hetzelfde geslacht. Artikel 7 Handvest moet op dezelfde manier uitgelegd en toegepast worden en belemmeringen van het vrij verkeer mogen geen ongeoorloofde inbreuk maken op dit recht. Een belemmering van het vrij verkeer die leidt tot discriminatie tussen homoseksuele koppels in vergelijking met heteroseksuele koppels doet dit wel en is daarom in strijd met het Handvest.³⁵

Commentaar

De *Coman*-uitspraak is vooral van groot belang voor getrouwde koppels van hetzelfde geslacht die zich op het grondgebied van de lidstaten begeven. Het Hof van Justitie bepaalt namelijk in *Coman* dat de lidstaten verplicht zijn om een verblijfsrecht dat in een andere lidstaat aan een huwelijk ontleend is te erkennen, ongeacht of de lidstaat het homohuwelijk toestaat op zijn eigen grondgebied.³⁶ De vrijverkeersrechten gelden dus voor *alle* Unieburgers en hun echtgenoten, ongeacht of zij van hetzelfde of van een verschillend geslacht zijn. De lidstaten worden hierbij *niet* verplicht de regels inzake het burgerlijk huwelijk te wijzigen in hun nationale rechtsorde. Integendeel, het Hof van Justitie bevestigt dat de erkenning van het homohuwelijk een bevoegdheid is van de lidstaten zelf.

Het *Coman*-arrest heeft veel reacties losgemaakt in conservatieve lidstaten die de effecten ervan mogelijk willen tegengaan door een constitutioneel verbod op het homohuwelijk te introduceren, waaronder in Roemenië zelf.³⁷ Het argument dat de weigering om een verblijfsrecht dat in een andere lidstaat aan een huwelijk ontleend is te erkennen gerechtvaardigd wordt door redenen van openbare orde en nationale identiteit werd niet door het Hof van Justitie geaccepteerd.³⁸ De nationaalrechtelijke erkenning of niet-erkenning van het homohuwelijk mag niet ten koste gaan van de toekenning van afgeleide verblijfsrechten voor familieleden die aan de uitoefening van het vrij verkeer door een Unieburger verbonden zijn. Zoals Tryfonidou stelt, vloeit het voort uit het

25. *Coman*, punt 36.

26. *Coman*, punten 37 en 38.

27. *Coman*, punten 33-35, punt 39.

28. *Coman*, punten 41 en 44.

29. Het huwelijk als een verbintenis tussen een man en een vrouw ligt in sommige lidstaten zelfs in de grondwet verankerd. Polen is hier een voorbeeld van: art. 18 van de Poolse Constitutie stelt het volgende: 'het huwelijk, zijnde een unie tussen een man en een vrouw, evenals het gezin, het moederschap en het ouderschap, zal onder de bescherming en zorg van de Republiek Polen worden geplaatst', zie hiervoor de Constitutie (in het Pools): www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/1.htm.

30. De mogelijkheid dat een beroep op de bescherming van de nationale identiteit van een lidstaat wordt aanvaard ter rechtvaardiging van een afwijking van het vrij verkeer is erkend in HvJ 22 december 2010, zaak C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806.

31. *Coman*, punt 45.

32. *Coman*, punten 42-43, 46.

33. *Coman*, punt 47.

34. *Coman*, punten 47 en 48.

35. *Coman*, punten 50-52.

36. *Coman*, punten 50-52.

37. In oktober 2018 werd er een referendum gehouden over een constitutionele definiëring van het huwelijk als een verbintenis tussen een man en een vrouw, maar het referendum heeft de nodige 30 procent opkomst niet behaald. Onder andere als gevolg hiervan is een resolutie opgesteld door het Europees Parlement over de rechtsstaat in Roemenië (European Parliament resolution of 13 November 2018 on the rule of law in Romania (2018/2844(RSP)); zie ook *Guvernul României* (in het Roemeens), 18 september 2018, beschikbaar op <http://gov.ro/ro/media/comunicate/comunicat-de-pres-a-edinta-de-guvern-guvernul-a-adoptat-actele-normative-necesare-bunei-organizari-a-referendumului-pentru-revizuirea-constitutiei&page=1>.

38. O.a. aangevoerd door lidstaten zoals Letland, Hongarije en Polen. Reeds sinds het Verdrag van Maastricht is in het EU-Verdrag opgenomen dat de Unie de nationale identiteit van haar lidstaten waarborgt. Dit is neergelegd in art. 6 lid 3 VEU.

voorrangsbeginsel van het Unierecht dat zelfs een constitutioneel verbod op het homohuwelijk niet kan afdoen aan deze verplichting.³⁹

Tegelijkertijd overweegt het Hof van Justitie dat het arrest niet afdoet aan de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten om te beslissen of het nationale recht al dan niet in het huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht voorziet. Daarmee verschilt *Coman* van het Amerikaanse arrest *Obergefell tegen Ohio* van juni 2015.⁴⁰ In die zaak heeft de Amerikaanse *Supreme Court* geoordeeld dat alle staten van de Verenigde Staten in andere staten rechtsgeldig gesloten huwelijken moeten erkennen. De *Supreme Court* ging echter nog een stapje verder: om ongelijkheid te voorkomen moesten alle staten het huwelijk tussen partners van hetzelfde geslacht legaliseren, met als resultaat dat in alle vijftig Amerikaanse staten het homohuwelijk moest worden ingevoerd.⁴¹

Positionering in de bestaande jurisprudentie

In het licht van de bestaande jurisprudentie en academische literatuur komt het arrest *Coman* niet als een verassing.⁴² Het Hof van Justitie heeft de vrijverkeersrechten altijd ruim uitgelegd. De ratio hiervoor was dat een onderdaan van een lidstaat er niet van mag worden weerhouden om naar een andere lidstaat te bewegen.⁴³

De onmogelijkheid om in gezinsverband samen te leven kan een EU-burger ontmoedigen om naar een andere lidstaat te verhuizen. Daarom is de toekenning van verblijfsrechten aan familieleden van EU-burgers altijd inherent geweest aan de uitoefening van het vrij verkeer. Een inbreuk op het recht op familieleven wordt daarom beschouwd als een belemmering op het vrij verkeer.⁴⁴ In lijn met de jurisprudentie van het EHRM en de ontwikkelingen in de lidstaten zijn ook echtgenoten van hetzelfde geslacht onderdeel van de familie die door artikel 8 EVRM⁴⁵ en artikel 7 Handvest⁴⁶ wordt beschermd en die voor het doel van de uitoefening van het vrij verkeer samen moet kunnen leven.⁴⁷ Als de mogelijkheid om in familieverband samen te leven, waaronder ook de homoseksuele relatie wordt verstaan, een vereiste is voor het functioneren van het recht op vrij verkeer, kon het Hof van Justitie dus niet anders dan besluiten dat de erkenning van deze relatie voor het doel van het uitoefenen van dat vrij verkeer uit de toepassing van het Unierecht voortvloeit. Een ander oordeel zou immers afdoen aan de logica van het vrij verkeer én aan het systeem van grondrechtenbescherming in de EU.

Coman is een breuk met de eerdere uitspraak van het Hof van Justitie in *D. en Zweden/Raad*. In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat de algemeen aanvaarde definitie van het huwelijk 'een verbintenis tussen twee personen van verschillend geslacht is'.⁴⁸ Deze overweging was gebaseerd op de rechtspraktijk van de lidstaten die een belangrijke rol speelt in de invulling van het communautaire rechtsbegrip.⁴⁹ In het wetgevingsproces van Richtlijn 2004/38/EG werd echter al voorzien dat deze rechtspraktijk zich over de jaren heen zou ontwikkelen. Het Europees Parlement stelde daarom voor om in de definitie van het huwelijk ook het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht te betrekken.⁵⁰ De Europese Commissie en de Raad verwierpen

39. A. Tryfonidou, 'Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's *Coman* Judgment' European Law Blog, 19 juni 2018, beschikbaar op <https://europeanlawblog.eu/2018/06/19/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/> [geraadpleegd op 20 november 2018]. HvJ 15 juli 1964, zaak C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66. Zie verder HvJ 17 december 1970, zaak C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114.
40. *US Supreme Court* 26 juni 2015, *Obergefell v. Hodges*, nummer 14-556.
41. *US Supreme Court* 26 juni 2015, *Obergefell v. Hodges*, nummer 14-556. Zie ook het interview met K. Lenaerts in *Elsevier*: 'Koen Lenaerts: een hek mag wel, maar geweld nooit', 1 november 2018, beschikbaar op www.elsevierweekblad.nl/nederland/opinie/2018/11/een-hek-mag-wel-maar-geweld-nooit-152237w/ [geraadpleegd op 5 november 2018].
42. Zie met name: D. Kochenov, 'On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism', *Fordham International Law Journal* 2009, nr. 1, p. 156-205; U. Belavusau, 'EU Sexual Citizenship: Sex Beyond the Internal Market', in: D. Kochenov (red.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2017; EUI Department of Law Research Paper No. 2015/06. A. Tryfonidou, 'EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition', *Columbia Journal of European Law* 2015, nr. 2, p. 195-248.
43. HvJ 7 juli 1992, zaak C-370/90, *Surinder Singh*, ECLI:EU:C:1992:296, punten 19-20; HvJ 23 september 2003, zaak C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:491, punten 53-54; HvJ 11 december 2007, zaak C-291/05, *Eind*, ECLI:EU:C:2007:771, punten 35-36; HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449, punten 64, 89-92; HvJ 12 maart 2014, zaak C-456/12, *O & B*, ECLI:EU:C:2014:135, punten 46, 52-54; *Coman*, punt 24; HvJ 20 februari 2017, zaak C-89/17, *Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:570, punt 28. Voor een meer gedetailleerde analyse omtrent deze doctrine zie de Conclusie van A-G Bobek van 10 april 2018, ECLI:EU:C:2018:225, punten 27-47, inzake HvJ 20 februari 2017, zaak C-89/17, *Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:570. Zie verder: Tryfonidou 2009, p. 10-13, 41, 96-106,

- 114-118; G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 119-120; N. Nic Shuibhne, 'The Resilience of EU Market Citizenship,' *Common Market Law Review* 2010, nr. 6, p. 1597 en p. 1612.
44. HvJ 11 juli 2002, zaak C-60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434, punten 41-45.
45. EHRM 27 juli 2016, appl.nr. 51362/09, *Taddeucci en McCall t. Italië*; EHRM 7 november 2013, appl.nrs. 29381/09 en 32684/09, *Vallianatos e.a. t. Griekenland*; EHRM 21 juli 2015, appl.nrs. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a. t. Italië*; EHRM 14 december 2017, appl.nrs. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a. t. Italië*; EHRM 23 februari 2016, appl.nr. 68453/13, *Pajic t. Kroatië*.
46. *Coman*, punt 49; zie ook EHRM 14 december 2017, *Orlandi e.a. t. Italië*. Art. 7 Handvest biedt ingevolge art. 52 lid 3 EU Handvest minimaal dezelfde bescherming als art. 8 EVRM.
47. *Coman*, punt 50.
48. HvJ 31 mei 2001, gevoegde zaken C-122/99 P en C-125/99 P, *D. en Koninkrijk Zweden/Raad van de Europese Unie*, ECLI:EU:C:2001:304, punt 34.
49. HvJ 17 april 1986, zaak C-59/85, *Staat der Nederlanden/Ann Florence Reed*, ECLI:EU:C:1986:157, punt 13. Het Hof van Justitie heeft tevens voor recht verklaard dat voor een op de maatschappelijke ontwikkeling gebaseerde interpretatie van rechtsbegrippen de toestand in de gehele Gemeenschap moet worden onderzocht.
50. Verslag van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te

deze amendementen.⁵¹ In het aangepaste wetsvoorstel schreef de Europese Commissie dat het begrip ‘echtgenoot’ ‘in beginsel moet worden opgevat als echtgenoot van verschillend geslacht, *behoudens toekomstige ontwikkelingen*’.⁵² In de uiteindelijke versie van Richtlijn 2004/38/EG is het begrip ‘echtgenoot’ daarom geslachtsneutraal geformuleerd. Het Hof van Justitie sluit hier in *Coman* expliciet bij aan.⁵³

Nog een reden waarom het arrest niet geheel onverwacht komt, is omdat de uitspraak werd voorafgegaan door verschillende andere uitspraken waarin de weg naar gelijke behandeling van homoseksuele koppels werd geplaveid. Deze uitspraken betroffen de mogelijkheid voor homoseksuele koppels om gebruik te maken van pensioenrechten voor gehuwden.⁵⁴ Het Hof van Justitie heeft in deze jurisprudentie steeds herhaald dat het aan de lidstaten is *of* en *wanneer* juridische erkenning aan homoseksuele koppels wordt gegeven,⁵⁵ maar dat zij als het zover is wel de Europeesrechtelijke verplichting tot gelijke behandeling in acht moeten nemen.⁵⁶ Het EHRM verplicht er daarenboven toe dat er in ieder geval een vorm van juridische erkenning wordt gegeven aan homoseksuele koppels.⁵⁷ Het ontzetten van iedere vorm van juridische erkenning aan homoseksuele koppels maakt dus in ieder geval inbreuk op artikel 8 EVRM.

Bovenop de verplichtingen die volgen uit de eigen erkenning door de lidstaten van homoseksuele relaties die het Hof van Justitie in *Römer*, *Hay* en *Parris* heeft gegeven, gaat het Hof van Justitie in *Coman* in feite een stap verder door ook de consequenties te schetsen van

het feit dat *andere* lidstaten zulke relaties erkennen. In het licht van de constitutionele beginselen van Europees recht, waaronder in het bijzonder het beginsel van wederzijdse erkenning, is ook deze stap een logische.⁵⁸ Wanneer één lidstaat een homoseksueel koppel verblijfsrecht geeft op grond van de vrijverkeersbepalingen, moeten de andere lidstaten die toelating erkennen en die rechten respecteren wanneer het koppel zich naar een andere EU-lidstaat begeeft.

Doorbraak in de bescherming van koppels van hetzelfde geslacht in Europa, maar beperkte reikwijdte

Ondanks het feit dat *Coman* warm verwelkomd wordt door onder andere academici en LHBTI-organisaties, is de reikwijdte van het arrest beperkt. Allereerst heeft de uitspraak enkel betrekking op echtgenoten van hetzelfde geslacht en niet op geregistreerde partners, waardoor het onduidelijk is of voor geregistreerde partnerschappen dezelfde plicht tot erkenning geldt. Een belangrijk verschil is dat de echtgenoot altijd verblijfsrecht aan Richtlijn 2004/38/EG kan ontlelen, terwijl de geregistreerde partner hier slechts een beroep op kan doen wanneer ‘de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan’.⁵⁹ In 2014 heeft een Hongaarse rechter een zaak naar het Hof van Justitie verwezen waarin de vraag centraal stond of homoseksuele geregistreerde partners hier ook rechten aan konden ontlelen, maar die zaak is later weer ingetrokken.⁶⁰

Een andere vraag die zich opwerpt is of het arrest ook de erkenning impliceert van andere (sociale) rechten die zijn afgeleid van de huwelijksverbinding tussen twee echtgenoten, zoals sociale zekerheidsrechten en belastingrechten. Het arrest beperkt zich tot de context van vrij verkeersrechten en gaat niet in op de bredere bescherming tegen discriminatie op basis van seksuele oriëntatie.⁶¹ Het Hof van Justitie verwijst daartoe in *Coman* enkel naar artikel 7 van het Handvest en laat artikel 21, dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verbiedt, buiten beschouwing.⁶² Dit is opvallend,

verblijven (COM/2001/0257 def. - COD 2001/0111), amendementen 4, 14, 15, 16. Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie besteedde hier geen aandacht aan: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven (COM/2001/0257 def).

51. Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 6/2004 van 5 december 2003, vastgesteld door de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (2004/C 54 E/02); Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement over het gemeenschappelijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (SEC/2003/1293 def).
52. Gewijzigd voorstel voor een richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (COM/2003/0199 def), cursivering toegevoegd.
53. *Coman*, punt 35; zie ook E. Guild, S. Peers en J. Tomkin, *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 20 e.v.
54. HvJ 10 mei 2011, zaak C-147/08, *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286; HvJ 12 december 2013, zaak C-267/12, *Frédéric Hay/Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, ECLI:EU:C:2013:823; HvJ 24 november 2016, zaak C-433/15, *David L. Parris/Trinity College Dublin*, ECLI:EU:C:2016:897.
55. *Jürgen Römer*, punt 38; *Frédéric Hay*, punt 26; *David L. Parris*, punt 58.
56. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep; *Jürgen Römer*, punt 52; *Frédéric Hay*, punt 47; *David L. Parris*, punt 62.
57. EHRM 14 december 2017, *Orlandi e.a. t. Italië*.

58. HvJ 20 februari 1979, zaak C-120/78, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42, punt 14. Dit beginsel vloeit voort uit het beginsel van loyale samenwerking, art. 4 lid 3 VEU.
59. Art. 2 lid 2 sub b Richtlijn 2004/38/EG.
60. HvJ 3 oktober 2014, zaak C-459/14, *Fadil Cocaj/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2015:546.
61. *Coman*, punt 46; Zie met name de schriftelijke opmerkingen ingediend door Transgender Europe, het Transgender Legal Defence Project, het Human Right Center Memorial en ILGA-Europa. Ingediend op 4 augustus 2017, beschikbaar op www.ilga-europe.org/resources/guide-european-institutions/council-europe/lgbti-rights/ECTHR/interventions.
62. *Coman* werd echter door Roemenië direct gediscrimineerd, omdat hij niet kon voldoen aan de voorwaarde die de lidstaat stelde om zijn recht

omdat het Roemeense Constitutionele Hof in de prejudiciële vragen wel naar deze bepaling verwijst.⁶³ Het ontbreken van een bespreking van dit artikel leidt er echter toe dat het EU-recht vooralsnog geen expliciete verplichting oplegt om een in een andere lidstaat wettelijk gesloten huwelijk tussen twee personen van het gelijke geslacht te erkennen voor wettelijke doeleinden die verder reiken dan het vrij verkeer, zoals de toekenning van uitkeringen of pensioenrechten.⁶⁴ Het Hof van Justitie had er ook voor kunnen kiezen om Richtlijn 2004/38/EG af te stemmen op zowel artikel 7 als artikel 21 van het Handvest. In dat geval zou de verplichting om de burgerlijke staat van echtgenoten van hetzelfde geslacht te erkennen in alle situaties waarin homoseksuele koppels anders worden behandeld ten opzichte van heteroseksuele koppels mogelijk gemakkelijker uit het arrest kunnen worden afgeleid, in overeenstemming met Richtlijn 2000/78/EG. Toekomstige jurisprudentie zal moeten uitwijzen of en in hoeverre het recht op gelijke behandeling in het Europese recht in ruimere zin bescherming biedt aan homoseksuele koppels tegen discriminatie op grond van hun seksuele geaardheid.

Desalniettemin laat het Hof van Justitie het Handvest niet geheel onbesproken en overweegt dat belemmeringen van het vrij verkeer geen inbreuk mogen maken op het recht op respect voor het familieleven dat in artikel 7 Handvest en artikel 8 EVRM is neergelegd.⁶⁵ Het Hof van Justitie gaat echter niet in op de manier waarop getoetst moet worden of een nationale maatregel hiermee in overeenstemming is. Het gevolg hiervan is dat het vooralsnog onduidelijk is op welke manier de lidstaten het Handvest in moeten passen in hun nationale regelgeving.

Een volgende vraag die zich opwerpt, is of *Coman* ook toegepast kan worden op huwelijken die legaal zijn voltrokken buiten de EU, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten. De bewoording van het Hof van Justitie is dat een lidstaat een afgeleid verblijfsrecht niet mag weigeren wanneer er sprake is van 'een in een andere lidstaat overeenkomstig het recht daarvan gesloten huwelijk tussen een derdelander en een burger van de Unie van hetzelfde geslacht'.⁶⁶ Deze bewoording lijkt de voorwaarde te stellen dat huwelijken voltrokken moeten zijn in een EU-lidstaat, temeer omdat de redenering van het Hof van Justitie daarmee afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal, die consequent spreekt over het huwelijk waarvan 'het niet uit[maakt] waar het huwelijk is gesloten'.⁶⁷ Deze woordkeuze van het Hof van Justitie zou betekenen dat koppels van hetzelfde geslacht die buiten het grondgebied van de Unie trouwen, niet kun-

nen profiteren van de bescherming van het vrij verkeer zoals die geïnterpreteerd is in *Coman*.

Omgekeerde discriminatie

Een ander punt is dat de doorbraak op het gebied van de rechten van homoseksuele koppels alleen geldt voor degenen die gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer. EU-burgers die zich niet bewegen naar een andere EU-lidstaat zijn dus uitgesloten van bescherming onder het EU-recht. Omgekeerde discriminatie ontstaat in deze context doordat aan een echtgenoot van hetzelfde geslacht met wie de Unieburger in een andere lidstaat heeft verbleven wel een verblijfsrecht toegekend moet worden, terwijl aan de echtgenoot van een Unieburger met hetzelfde geslacht die altijd in de lidstaat van zijn nationaliteit verbleven heeft, het verblijfsrecht geweigerd kan worden. Omgekeerde discriminatie houdt in dat EU-burgers uit andere lidstaten een betere rechtspositie hebben dan de onderdanen van die lidstaat die geen gebruik hebben gemaakt van het recht op vrij verkeer.⁶⁸ Traditioneel kwam dit voor in de context van het vrij verkeer wanneer EU-burgers die gebruikmaken van het recht op vrij verkeer onder gunstigere voorwaarden aanspraak kunnen maken op gezinshereniging met een derdelander dan EU-burgers die geen gebruik maken van het recht op vrij verkeer en onder de nationale wetgeving vallen. Met *Coman* verruimt deze categorie zich, omdat lidstaten wel worden verplicht om voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht homohuwelijken te erkennen die in andere lidstaten zijn gesloten, terwijl hun eigen burgers die geen gebruik hebben gemaakt van hun vrijverkeersrechten niet de mogelijkheid hebben om met een persoon van hetzelfde geslacht te trouwen op hun eigen grondgebied.⁶⁹ De onmogelijkheid daartoe wordt wel beperkt door de grenzen die worden gesteld door het EHRM.⁷⁰

Het EU-recht verbiedt omgekeerde discriminatie echter niet. Het Hof van Justitie heeft daarover bepaald dat het Unierecht slechts ingeroepen kan worden wanneer discriminatie het vrij verkeer tussen twee of meer lidstaten

op vrij verkeer uit te oefenen als hij niet legaal getrouwd was in Roemenië.

63. *Coman*, punt 17.

64. Dit verschilt van *Hay*, *Parris* en *Römer*, omdat het daar ging om pensioenrechten in de lidstaat waar het huwelijk van hetzelfde geslacht gesloten was.

65. *Coman*, punten 47 en 49.

66. *Coman*, punten 36, 37 en 39.

67. Conclusie A-G, *Coman*, punt 49; zie Tryfonidou 2018.

68. Tryfonidou 2009, p. 13-18, 117-118; V. Verbist, *Reverse discrimination in the European Union: a recurring balancing act*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 3-10; Davies 2003; P. Van Elsuwege en D. Kochenov, 'On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights', *European Journal of Migration and Law* 2011, nr. 4, p. 443-466; A. Tryfonidou, 'Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe', *Legal Issues of Econ. Integration* 2008, nr. 1, p. 43; H. Oosterom-Staples, 'To what extent has reverse discrimination been reversed?', *European Journal of Migration and Law* 2012, nr. 2, p. 151-172; K. Groenendijk, 'Reverse discrimination, family reunification and Union citizens of immigrant origin', in: E. Guild, C.G. Rotaeye en D. Kostakopoulou (red.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2014, p. 169-188.

69. Tryfonidou 2008, p. 43; Oosterom-Staples 2012, p. 151-172; Groenendijk 2014, p. 169-188.

70. EHRM 14 december 2017, appl.nrs. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a.t. Italië*. In dit arrest stelde het EHRM dat art. 8 staten verplicht om een bepaalde vorm van wettelijke erkenning te geven aan koppels van hetzelfde geslacht.

hindert.⁷¹ Wanneer een lidstaat zijn eigen burgers discrimineert, is hier dus geen sprake van.⁷² EU-burgers die buiten de reikwijdte van het Unierecht vallen, kunnen evenwel een grensoverschrijdende situatie creëren. Dit kan door tijdelijk naar een andere lidstaat te verhuizen, daar te trouwen met hun homoseksuele partner, en daarna terug te keren naar hun lidstaat van herkomst. In overeenstemming met *Coman* moet het inmiddels gesloten huwelijk na terugkeer alsnog erkend worden voor het doel van de toekenning van het verblijfsrecht aan de echtgenoot, ongeacht de vraag of de thuislidstaat het homohuwelijk heeft opengesteld.⁷³ In *O. en B.* is bepaald dat EU-burgers alleen aanspraak kunnen maken op de mogelijkheid om hun rechten te behouden wanneer zij een duurzaam verblijf hebben genoten op het grondgebied van een andere lidstaat in overeenstemming met artikel 7 van Richtlijn 2004/38/EG, en aldus een 'duurzaam' familieleven hebben opgebouwd of bestendigd.⁷⁴ Dit wordt geïnterpreteerd als een vereiste om minimaal drie maanden in het gastland te verblijven.⁷⁵ Het is een positieve uitkomst dat *Coman* de

mogelijkheid biedt voor koppels van hetzelfde geslacht om te trouwen in een andere lidstaat en hun huwelijk voor het doel van de toekenning van een verblijfsrecht ook in de thuislidstaat erkend te krijgen, *mits* zij langer dan drie maanden in de gastlidstaat hebben gewoond.

In de literatuur en in de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in het arrest *Ruiz Zambrano* is het idee aangedragen dat toepassing van artikel 18 VWEU (discriminatieverbod op grond van nationaliteit) wellicht een oplossing kan bieden om omgekeerde discriminatie tegen te gaan.⁷⁶ Artikel 18 VWEU kan echter alleen maar worden toegepast in situaties die vallen 'binnen de werkingssfeer van de Verdragen'.⁷⁷ Hieruit volgt dat koppels van hetzelfde geslacht de omgekeerde discriminatie alleen kunnen aanvechten op basis van artikel 18 wanneer die discriminatie binnen de materiële werkingssfeer van het Unierecht valt. Regulering van het huwelijk is echter een bevoegdheid die toebedeeld is aan de lidstaten. Het enkele feit dat een Unieburger die zijn/haar EU-vrijverkeersrechten niet heeft uitgeoefend ongelijk wordt behandeld ten aanzien van zijn/haar seksuele geaardheid levert daarom geen link op met het EU-recht. Dit betekent dat omgekeerde discriminatie ten aanzien van het verblijfsrecht voor een derdelander die een relatie heeft met een EU-burger van hetzelfde geslacht, die geen gebruik heeft gemaakt van zijn/haar vrijverkeersrechten, zal blijven bestaan, tenzij er een aanknopingspunt met het Unierecht gevonden kan worden. Tot op heden bestaat dit aanknopingspunt echter niet.

Conclusie

In dit arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat *alle* lidstaten de verblijfsrechten moeten erkennen die homoseksuele koppels verkregen hebben in de lidstaten waar het homohuwelijk is opengesteld, inclusief de lidstaten die het homohuwelijk niet hebben opengesteld of zelfs een constitutioneel verbod hierop hebben opgelegd. *Coman* is dus een overwinning voor de vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in de Europese Unie. Tegelijkertijd roept het arrest ook nieuwe vragen op, zoals de vraag of huwelijken die buiten de EU voltrokken zijn eveneens erkend moeten worden en of dezelfde verplichting tot erkenning geldt voor homoseksuele geregistreerde partnerschappen.

Ook de rol van het Handvest is nog onduidelijk. Het Hof van Justitie verwijst naar de bescherming van arti-

71. Zie HvJ 14 december 1982, gevoegde zaken C-314/81, 315/81, 316/81 en C-83/82, *Waterkeyn*, ECLI:EU:C:1982:430; HvJ 8 december 1987, zaak C-20/87, *Gauchard*, ECLI:EU:C:1987:532, punten 12-13; HvJ 26 januari 1999, zaak C-18/95, *Terhoeve*, ECLI:EU:C:1999:22, punt 26; HvJ 19 maart 1992, zaak C-60/91, *Batista Morais*, ECLI:EU:C:1992:140; HvJ 3 oktober 1990, gevoegde zaken C-54/88, 91/88 en 14/89, *Niño, Prandini e.a.*, ECLI:EU:C:1990:340; HvJ 21 oktober 1999, zaak C-97/98, *Jägerskiöld/Gustafsson*, ECLI:EU:C:1999:515; HvJ 23 februari 2006, zaak C-513/03, *Van Hilten*, ECLI:EU:C:2006:131.

72. Tryfonidou 2008, p. 43-67; Zie ook B. Safradin, 'The legal jungle of same-sex relationship recognition at the national level: a comparative constitutional law review on the ability of same-sex couples to move and reside in another Member State', bEUcitizen Conference paper 2015, p. 28-30; art. 3 lid 1 Richtlijn 2004/38/EG; en de volgende zaken: HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449, punten 77-78; HvJ 7 februari 1979, zaak C-115/78, *Knoors*, ECLI:EU:C:1979:31, punt 24; HvJ 28 maart 1979, zaak C-175/78, *Saunders*, ECLI:EU:C:1979:88, punt 11; HvJ 27 oktober 1982, zaak C-35/82, *Morson en Jhanjan*, ECLI:EU:C:1982:368, punt 18; HvJ 5 juni 1997, gevoegde zaken C-64/96 en C-65/96, *Uecker en Jacquet/Nordrhein Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:285, punt 16; HvJ 12 maart 2014, zaak C-456/12, *O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B*, ECLI:EU:C:2014:135, punt 36; Tryfonidou 2009, p. 7-10, 42-44; 49-50; Verbist 2016, p. 5-6, 19, 21-26, 69-70; P. Boeles e.a., *European migration law*, Cambridge: Intersentia 2014, p. 49; S. O'Leary, 'The past, present and future of the purely internal rule in EU Law,' *Irish Jurist* 2009, p. 13-46; N.N. Shuibhne, 'Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on', *Common Market Law Review* 2002, nr. 4, p. 731. Zie HvJ 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463 en HvJ 29 april 2004, zaak C-224/02, *Pusa*, ECLI:EU:C:2004:273. Zie ook D. Kochenov, 'Citizenship without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal', 23 maart 2011, Jean Monnet Working Paper (NYU Law School), nr. 08/10.

73. Arresten *Surinder Singh*, *Akrich*, *Eind*, *Metock*, *O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B*, *Coman*, *RozanneBanger*. Voor toelichting van deze constructie in de context van het verblijfsrecht van gezinsleden zie R. Fernhout en C.A. Groenendijk, 'Vrij verkeer, Europa-route en omgekeerde discriminatie: wie houdt wie voor de gek?', *Asiel & migrantenrecht* 2010, nr. 1, p. 4-16; H.H.C. Kroeze, 'Distinguishing between Use and Abuse of EU Free Movement Law', *European Papers*, te verschijnen in 2019.

74. *O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B*, C-456/12.

75. Voor een kritische noot in deze context, zie Kroeze, te verschijnen in 2019.

76. Conclusie A-G Sharpston, 30 september 2010, zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2010:560; Tryfonidou 2008; E. Spaventa, 'Seeing the Wood despite the Trees. On the Scope of Union Citizenship and Its Constitutional Effects', *Common Market Law Review* 2008, nr. 1, p. 13; E. Spaventa, 'Earned Citizenship. Understanding Union Citizenship through Its Scope,' in: D. Kochenov e.a., *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 204-225, op p. 204.

77. Art. 18 lid 1 VWEU; zie ook G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 129.

kel 7 van het Handvest en artikel 8 van het EVRM, maar is onvoldoende duidelijk over de manier waarop die bepalingen moeten worden toegepast. Het Hof van Justitie overweegt dat een nationale maatregel die een belemmering vormt voor het vrij verkeer van homoseksuele koppels alleen gerechtvaardigd kan worden indien deze in overeenstemming is met de door het Handvest gewaarborgde rechten.⁷⁸ In de uitspraak wordt echter niet uitgelegd op welke manier dit getoetst moet worden. Bovendien wordt artikel 21 van het Handvest buiten beschouwing gelaten, terwijl die bepaling wel de potentie heeft om een uitkomst te bieden in alle situaties waarin echtgenoten van hetzelfde geslacht een gedifferentieerde behandeling ondergaan buiten de context van het vrij verkeer, zoals in situaties voor het toekennen van socialezekerheids- en belastingrechten voor koppels van hetzelfde geslacht.⁷⁹ Dat is een gemiste kans voor een zeer belangrijk arrest binnen het LHBTI-landschap van Unieburgers.

Een andere beperking is dat alleen EU-burgers worden beschermd die hun vrijverkeersrechten hebben uitgeoefend, wat ertoe leidt dat Unieburgers die deze rechten niet hebben gebruikt omgekeerd gediscrimineerd worden. Koppels die buiten de reikwijdte van het Unierecht vallen, kunnen wel besluiten om tijdelijk naar een ander lidstaat te verhuizen, daar te trouwen en minimaal drie maanden een gezinsleven op te bouwen om daarna terug te keren naar de lidstaat van herkomst. Na terugkeer kan het verblijfsrecht van de homoseksuele echtgenoot behouden worden. Het recht wordt dan direct aan artikel 21 VWEU ontleend en Richtlijn 2004/38/EG wordt naar analogie toegepast.

Coman versterkt de positie van homoseksuele EU-burgers, waardoor zij hun vrijverkeersrechten gemakkelijker kunnen uitoefenen en het daarbij behorende afgeleide verblijfsrecht voor hun echtgenoten van hetzelfde geslacht kunnen waarborgen.

Tegelijkertijd erkent ook het Hof van Justitie dat de EU niet de bevoegdheid heeft om lidstaten te verplichten het homohuwelijk te legaliseren op hun grondgebied, waardoor alleen EU-burgers die gebruikmaken van het vrij verkeer de voordelen van *Coman* ondervinden. Aangezien omgekeerde discriminatie is toegestaan binnen het EU-recht is het bereiken van gelijkheid voor koppels van hetzelfde geslacht in de gehele EU daarom nog steeds afhankelijk van de bereidheid van de lidstaten om het homohuwelijk te legaliseren. Of ze dat doen, hangt echter nauw samen met het traditionele en religieuze karakter van het huwelijk en de politieke wil van de lidstaten om gelijke behandeling te realiseren voor koppels

van hetzelfde geslacht.⁸⁰ Tegelijkertijd is *Coman* wel een belangrijke stap naar een eerlijkere Unie waarin alle EU-burgers gelijk zijn om hun vrijverkeersrechten uit te oefenen, ongeacht ras, gender, leeftijd en nu dus ook seksuele geaardheid.

78. Zie hiervoor de arresten *Surinder Singh/Akrich, Eind, Metock, O & B O./Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/B en Rozanne Banger*. Zie ook: HvJ 11 juli 2002, zaak C-60/00, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:434; HvJ 17 september 2002, zaak C-413/99, *Baumbast and R/Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:493; HvJ 2 oktober 2003, zaak C-148/02, *Carlos Garcia Avello/Belgian State*, ECLI:EU:C:2003:539; HvJ 13 september 2016, zaak C-165/14, *Alfredo Rendón Marín/Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2016:675.

79. Tryfonidou 2018.

80. Safradin 2015, p. 31-32.