

WFR 2019/251

Hoe het EVA-hof in een fiscaal arrest een bijzondere symbiose tussen context, homogeniteit en effectiviteit tot stand bracht

MR. DR. E.W. ROS¹

1 Inleiding

Associatieovereenkomsten die de EU met derde landen sluit, bevatten veelal bepalingen die gelijkkluidend zijn aan het EU-recht. Dat geldt vooral voor associatieovereenkomsten waarbij de verbondenheid tussen een derde land en de EU's interne markt tot stand wordt gebracht door aan het EU-recht gelijkkluidende bepalingen over het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en/of kapitaal op te nemen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) laat zien dat een gelijkkluidende bepaling in een associatieovereenkomst niet hoeft te betekenen dat die bepaling onder het EU-recht dezelfde uitleg heeft. Volgens het Hof van Justitie is de context waarbinnen een aan het EU-recht gelijkkluidende bepaling van een associatieovereenkomst geldt doorslaggevend voor de uitleg van die bepaling ("Polydor-beginsel").

Op 1 januari 1994 is de EER-overeenkomst in werking getreden tussen de landen van de (toen) Europese Gemeenschap en drie van de vier EVA-lidstaten (Liechtenstein, Noorwegen en IJsland).² De hoofddoelstelling van de EER-overeenkomst is het tot stand brengen van een homogene

dynamische Europese Economische Ruimte ("Noors model"). De EER-overeenkomst kent de hoogste associatie tussen derde landen en de EU's interne markt. De EER-overeenkomst bevat gelijkkluidende bepalingen over het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal.³ Binnen de EER kan geen interne markt bestaan zonder homogeniteit tussen EER-recht en EU-recht. Het homogeniteitsbeginsel brengt dus mee dat bepalingen uit de EER-overeenkomst die in essentie gelijk zijn aan bepalingen uit het EU-acquis⁴, gelijk uitgelegd moeten worden.

Op 29 april 2004 is binnen de EU een nieuwe richtlijn over het vrije verkeer van personen in werking getreden (hierna: Richtlijn 2004/38).⁵ In Richtlijn 2004/38 is een groot deel van de tot dan toe geldende secundaire regelgeving en jurisprudentie van het Hof van Justitie over het vrije verkeer van personen neergelegd.⁶ Het burger-

¹ Werkzaam als universitair docent bij de sectie Belastingrecht van de Erasmus School of Law. Deze bijdrage is geschreven binnen het onderzoeksprogramma *Fiscale autonomie en haar grenzen*.

² De Europese vrijhandelsassociatie is in 1960 opgericht en bestaat op dit moment uit IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland. De Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) is een handelsblok waarin de samenwerking minder ver gaat dan in de EU. Het resultaat hiervan is dat de EVA-lidstaten zelf beslissen over hun handel met niet-lidstaten. Noorwegen, Liechtenstein en IJsland hebben bijvoorbeeld de EER-overeenkomst gesloten met de EU om samen een vrijhandelszone te vormen, terwijl Zwitserland niet deelneemt aan de EER-overeenkomst.

³ De overeenkomsten met Zwitserland en Turkije kennen ook een hoge mate van associatie (zij het minder hoog dan de EER-overeenkomst) met de EU's interne markt. Deze associatieregimes blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

⁴ Onder de term EU-acquis versta ik het geheel van EU-verdragen, verordeningen, richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

⁵ 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 de 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.

⁶ Richtlijn 2004/38 heeft de 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 ingetrokken en Verordening (EEG) nr. 1612/68 gewijzigd.

schap van de Unie vormt het uitgangspunt van Richtlijn 2004/38. Richtlijn 2004/38 maakt eveneens onderdeel uit van het EER-acquis.⁷ De EU-verdragsbepalingen over het burgerschap van de Unie en de daaraan gekoppelde algemene reis- en verblijfsrechten voor economisch niet-actieve burgers van de Unie maken daarentegen expliciet géén onderdeel uit van het EER-acquis.⁸ Dat roept de vragen op of bepalingen van Richtlijn 2004/38 op grond van het Polydor-beginsel een afwijkende uitleg kunnen hebben onder de EER-overeenkomst en hoe een eventuele afwijkende uitleg zich verhoudt tot het homogeniteitsvereiste uit de EER-overeenkomst?

In deze bijdrage bespreek ik onder andere hoe het EVA-hof in zijn fiscale *Gunnarsson*-arrest bij de uitleg van Richtlijn 2004/38 binnen de EER een bijzondere symbiose tot stand heeft gebracht tussen context, homogeniteit en effectiviteit. Het EVA-hof heeft daarmee tegelijkertijd een eigen invulling gegeven aan het Polydor-beginsel. Dit roept ook vragen op met betrekking tot andere associaties tussen de EU en derde landen. Een mogelijk (maar op dit moment onwaarschijnlijk) scenario is dat het Verenigd Koninkrijk na "Brexit" lid wordt van de EER en daarmee het vrije verkeer van personen, kapitaal, goederen en diensten behoudt. Een mogelijk scenario daarbij is dat ook tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU een associatie ontstaat waarin een vorm van vrij verkeer van personen is opgenomen die gebaseerd is op het EU-recht en waarin bepalingen over het burgerschap van de Unie zijn uitgesloten. De uitleg van Richtlijn 2004/38 door het EVA-hof is in dat kader mogelijk ook relevant voor de mogelijke relatie tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU.

In onderdeel 2 sta ik stil bij het *Polydor*-arrest van het Hof van Justitie en het daaruit voortvloeiende beginsel. In onderdeel 3 ga ik in op de betekenis van het Polydor-beginsel voor de EER-overeenkomst. Vervolgens besteed ik in onderdeel 4 kort aandacht aan de incorporatie van Richtlijn 2004/38 in de EER-overeenkomst. In onderdeel 5 komt de jurisprudentie van het EVA-hof over de uitleg van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-overeenkomst aan de orde. In onderdeel 6 bespreek ik hoe het EVA-hof in deze jurisprudentie een symbiose tot stand heeft gebracht tussen context, homogeniteit, effectiviteit en welke uitleg het daarbij aan het Polydor-beginsel heeft gegeven. Ik sluit in onderdeel 7 af met een korte terugblik.

⁷ Besluit van het Gemengd Comité van de EER Nr. 158/2007 van 7 december 2007 tot wijziging van bijlage V (Vrij verkeer van werknemers) en bijlage VIII (Recht van vestiging) bij de EER-overeenkomst.

⁸ Preambule bij Besluit van het Gemengd Comité van de EER Nr. 158/2007 van 7 december 2007 tot wijziging van bijlage V (Vrij verkeer van werknemers) en bijlage VIII (Recht van vestiging) bij de EER-overeenkomst.

2 De Polydor-zaak en het daaruit voortvloeiende beginsel

De context gerelateerde uitleg van overeenkomsten gesloten door de EU, vindt zijn oorsprong in het *Polydor*-arrest uit 1982.⁹ De Polydor-zaak gaat over een vordering wegens inbreuk op auteursrecht, ingesteld tegen twee Britse ondernemingen. De houder van de auteursrechten, RSO, heeft aan haar zustermaatschappij, Polydor, een exclusieve licentie verleend voor de vervaardiging en distributie van producten in het Verenigd Koninkrijk. In Portugal worden deze producten in de handel gebracht door twee Portugese vennootschappen, die de licentiehouders in Portugal zijn. De twee Britse ondernemingen hebben deze producten uit Portugal ingevoerd en in het Verenigd Koninkrijk verkocht zonder dat zij daarvoor toestemming hadden van RSO of Polydor.

De twee Britse ondernemingen vinden dat RSO geen beroep op zijn auteursrecht kan doen om de invoer van de betreffende producten in het Verenigd Koninkrijk tegen te houden. De producten zijn immers met toestemming van RSO rechtmatig in Portugal in het handelsverkeer gebracht. Portugal was nog geen lid van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) op het moment van invoer in het Verenigd Koninkrijk van de betreffende producten. De twee Britse ondernemingen verwijzen daarom naar art. 14 lid 2 en 23 van de Overeenkomst van 1972 tussen de EEG en de Republiek Portugal (hierna: Overeenkomst) en stellen daarbij dat aan deze bepalingen dezelfde beginselen ten grondslag liggen als aan art. 30 en 36 EEG-Verdrag. Deze bepalingen moeten daarom op dezelfde manier worden uitgelegd.¹⁰ Uiteindelijk komt de zaak bij het Hof van Justitie terecht.

Het Hof van Justitie overweegt dat de betreffende bepalingen onderzocht moeten worden in het licht zowel van de inhoud als het doel van de Overeenkomst als van de bewoordingen ervan.¹¹ De formulering van de bepalingen van de Overeenkomst komt in bepaalde opzichten overeen met die van art. 30 en 36 EEG-Verdrag. Het

⁹ HvJ EG 9 februari 1982, 270/80 (*Polydor*).

¹⁰ Art. 14 lid 2 van de Overeenkomst van 1972 tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal luidt: "De kwantitatieve invoerbeperkingen worden per 1 januari 1973, en de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen uiterlijk per 1 januari 1975 afgeschaft". Art. 23 van de Overeenkomst van 1972 tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal luidt (voor zover relevant): "De Overeenkomst vormt geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, (...) de bescherming van de industriële en commerciële eigendom (...) Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Partijen bij de Overeenkomst vormen."

¹¹ HvJ EG 9 februari 1982, 270/80 (*Polydor*), r.o. 8.

Hof van Justitie geeft aan dat een overeenkomstige formulering echter onvoldoende reden is om zijn vaste rechtspraak over de verhouding tussen de bescherming van industriële en commerciële eigendomsrechten en de regels over het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap van overeenkomstige toepassing te verklaren op de bepalingen van de Overeenkomst.¹²

Het Hof van Justitie meent dat deze vaste rechtspraak moet worden beoordeeld in het licht van de doelen en activiteiten van de EEG. Daarbij stelt het Hof van Justitie dat het EEG-Verdrag door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk tot elkaar brengen van het economische beleid van de lidstaten, nationale markten wil verenigen tot één markt die de kenmerken van een binnenlandse markt heeft.¹³ Het Hof van Justitie oordeelt dat deze uitleg van art. 30 en 36 EEG-Verdrag niet geldt in het kader van de Overeenkomst. De Overeenkomst voorziet in de onvoorwaardelijke afschaffing van handelsbelemmeringen tussen de EEG en Portugal, maar heeft niet hetzelfde doel als het EEG-Verdrag. De Overeenkomst beoogt niet een enkele markt tot stand te brengen die de omstandigheden van een binnenlandse markt zo veel mogelijk benadert.¹⁴ Het Hof van Justitie maakt hieruit op dat in het kader van de Overeenkomst beperkingen van het goederenverkeer gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van de bescherming van de industriële en commerciële eigendom, terwijl een dergelijke rechtvaardiging binnen de EEG niet mogelijk is.

Het Hof van Justitie heeft deze context gerelateerde uitleg in latere jurisprudentie bevestigd. In het *Metalsa*-arrest overweegt het Hof van Justitie in algemene bewoording:

*“Volgens deze rechtspraak hangt de toepasselijkheid van de uitlegging van een verdragsbepaling op een in overeenkomstige, gelijksoortige of zelfs identieke bewoordingen geformuleerde bepaling van een overeenkomst van de Gemeenschap met een derde land in het bijzonder af van het beoogde doel van elk van die bepalingen in haar specifieke kader, en is het daarbij van groot belang om de doelstellingen en de context van de overeenkomst te vergelijken met die van het Verdrag.”*¹⁵

Baudenbacher merkt op dat het Hof van Justitie met de context gerelateerde uitleg uit het *Polydor*-arrest aansluiting heeft gezocht bij jurisprudentie van hoogste rechters van bepaalde niet-lidstaten waarmee de EEG associatieovereenkomsten heeft afgesloten.¹⁶ De hoogste

rechters van Zwitserland en Oostenrijk hebben in arresten de verschillende context van de associatieovereenkomsten in vergelijking met het EEG-recht benadrukt; in die zin dat de associatieovereenkomsten niet zien op het tot stand brengen van een enkele markt. Beide hoogste rechters oordeelden daarom dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitleg van het EEG-recht niet van toepassing was op de associatieovereenkomsten.¹⁷

3 Het Polydor-beginsel en de EER-overeenkomst

De EER brengt twee autonome, verschillende rechtsordes samen. De EER brengt de EU-rechtsorde met supranationaal karakter, vergaande integratiedoelstellingen en specifieke kenmerken¹⁸ samen met de EER-rechtsorde, die juist grond vindt in de afkerigheid van de EVA-staten ten aanzien van supranationaliteit, overdracht van wetgevende bevoegdheden en politieke integratie. De EER functioneert op basis van een tweepijlersysteem. Daarbij bestaan enerzijds organen voor de leden die tevens lid zijn van de EU, en anderzijds bestaan organen voor de leden die tevens lid zijn van de EVA. De rechtsprekende functie wordt enerzijds vervuld door het Hof van Justitie (voor de uitleg van de EER-overeenkomst voor de EU-lidstaten) en anderzijds door het EVA-hof (voor uitleg van de EER-overeenkomst voor Noorwegen, IJsland en Liechtenstein). Zonder homogeniteit tussen EER-recht en EU-recht kan geen interne markt binnen de EER bestaan. Hierdoor is van belang dat niet alleen dezelfde regelgeving binnen de EER geldt door overname van het relevante EU-acquis, maar ook een homogene interpretatie en toepassing van overeenstemmende rechtsregels uit EER-recht en EU-recht wordt nagestreefd (rechterlijke homogeniteit).

Art. 6 EER-overeenkomst beoogt een homogene uitleg van het EER-acquis met het EU-acquis door te stellen dat bepalingen uit de EER-overeenkomst die in essentie gelijk zijn aan bepalingen uit het EU-recht, uitgelegd moeten worden overeenkomstig de betreffende uitspraken van het Hof van Justitie van vóór de ondertekening van de EER-overeenkomst. Het EVA-hof heeft de temporele beperking van art. 6 EER-overeenkomst echter effectief buitenspel gezet door regelmatig relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie na deze datum

¹² HvJ EG 9 februari 1982, 270/80 (*Polydor*), r.o. 15.

¹³ HvJ EG 9 februari 1982, 270/80 (*Polydor*), r.o. 16.

¹⁴ HvJ EG 9 februari 1982, 270/80 (*Polydor*), r.o. 17 en 18.

¹⁵ HvJ EG 1 juli 1993, C-312/91 (*Metalsa*), r.o. 11.

¹⁶ C. Baudenbacher, 'Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law', *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2012, p. 419.

¹⁷ De Zwitserse hoogste rechter gaf dit oordeel in de *OMO*-zaak (BGE 105 11 49). De Oostenrijkse rechter gaf dit oordeel in de *Austro-Mechana*-zaak (*Urteil v. 10.7.1979, GRUR Int.* 1980, Heft 3, 185, annotatie door E. Ulmer).

¹⁸ Onder andere voorrang en directe werking van het EU-recht.

in overweging te nemen.¹⁹ Volgens Norberg²⁰ en Baudenbacher²¹ staat art. 6 EER-overeenkomst daarmee de toepassing van het Polydor-beginsel op de EER-overeenkomst in de weg.

Het Hof van Justitie heeft zich in Advies 1/91, onder impliciete verwijzing naar het Polydor-beginsel, uitgelaten over de concept EER-overeenkomst.²² Het Hof van Justitie overweegt in Advies 1/91 dat gelijke bewoording van bepalingen van de EER-overeenkomst met gemeenschapsbepalingen, niet noodzakelijkerwijs betekent dat zij op dezelfde manier moeten worden uitgelegd. Het Hof van Justitie merkt op, onder verwijzing naar art. 31 van het Verdrag van Wenen, dat een internationaal verdrag niet alleen moet worden uitgelegd aan de hand van de bewoordingen, maar ook in het licht van de doelstellingen ervan. Het Hof van Justitie vindt dat de doelstellingen van de gemeenschapsbepalingen verder reiken dan de doelstellingen van de EER-overeenkomst. Volgens het Hof van Justitie beoogt de EER-overeenkomst een stelsel van vrijhandel en mededinging in de economische en handelsbetrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen. Het gemeenschapsrecht beoogt daarentegen een economische integratie te bereiken die resulteert in de totstandkoming van de interne markt en een economische en monetaire unie. Daaruit kan worden afgeleid dat de bepalingen van het gemeenschapsrecht die het vrije verkeer en de mededinging regelen, geen doel op zich vertegenwoordigen.²³ De homogene uitleg van rechtsregels in de gehele EER wordt niet gewaarborgd, doordat bepalingen van gemeenschapsrecht naar hun inhoud of formulering identiek zijn aan bepalingen van de EER-overeenkomst.²⁴

Echter, Advies 1/91 en de door A-G Fennelly opgemerkte algemeen bekende karaktersverschillen tussen het EG/EEG-Verdrag en de EER-overeenkomst worden niet onderschreven door latere jurisprudentie van het Hof van Justitie.²⁵

Het Gerecht van Eerste Aanleg (nu: Hof van Justitie) wijst in het *Opel Austria*-arrest uitdrukkelijk de stelling van de Raad af dat art. 10 EER-overeenkomst niet op dezelfde manier kan worden uitgelegd als de overeenkomstige bepalingen van het EG-Verdrag, omdat aanzienlijke verschillen bestaan tussen het EG-Verdrag en de EER-overeenkomst.²⁶ Het Gerecht van Eerste Aanleg meent dat ondanks de verschillen in context en doel van de EER-overeenkomst en het gemeenschapsrecht, die verschillen niet aan homogene uitleg van bepalingen in de weg staan. Het Gerecht van Eerste Aanleg merkt op dat de EER-overeenkomst een vergaande integratie inhoudt, waarvan de doelstellingen verder reiken dan die van een eenvoudige vrijhandelsovereenkomst. Daarmee is de niet-toepasselijkheid van het Polydor-beginsel gerechtvaardigd.²⁷

.....

“Het Hof van Justitie en het EVA-hof geven slechts incidenteel en niet onder verwijzing naar het Polydor-beginsel een afwijkende uitleg van gelijklopende bepalingen”

.....

A-G Cosmas onderschrijft in zijn conclusie bij de Andersson-zaak het *Opel Austria*-arrest ten aanzien van de uitleg van art. 10 EER-overeenkomst. A-G Cosmas overweegt echter in het licht van art. 6 EER-overeenkomst dat de context van de EER en de communautaire rechtsorde teveel verschilt voor de toepasbaarheid van de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht van voorrang, directe werking en staatsaansprakelijkheid binnen de EER.²⁸ A-G Geelhoed en het Hof van Justitie

19 Zie bijvoorbeeld *EVA-hof 8 juli 2008, E-9/07 (L'Oréal)*, r.o. 28.

20 S. Norberg, in: P.J. Oliver (contributing editors), S. Enchelmaier, M. Jarvis, A. Johnston, S. Norberg, C. Stothers, S. Weatherill), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, vijfde editie, Sweet and Maxwell, 2010.

21 C. Baudenbacher, 'Some Thoughts on the EFTA Court's Phases of Life', in: *EFTA Court (ed.), Judicial Protection in the European economic area*, German Law Publishers, 2011.

22 Advies 1/91 van het Hof van 14 december 1991.

23 Advies 1/91 van het Hof van 14 december 1991, overwegingen 14-18.

24 Advies 1/91 van het Hof van 14 december 1991, overweging 22.

25 Concl. A-G Fennelly van 6 februari 1997 in C-110/95 (*Yamanouchi*), r.o. 30.

26 HvJ EG 22 januari 1997, T-115/94 (*Opel Austria*), r.o. 105-106.

27 HvJ EG 22 januari 1997, T-115/94 (*Opel Austria*), r.o. 106-107.

28 Concl. A-G Cosmas van 19 januari 1999 in C-321/97 (*Andersson*), r.o. 50, voetnoot 44. Öberg onderschrijft de analyse van A-G Cosmas ten aanzien van art. 6 EER-overeenkomst, maar benadrukt dat de analyse gezien moet worden in de specifieke context van de toepasbaarheid van fundamentele beginselen binnen de EER-overeenkomst en daarmee eigenlijk niet zozeer gaat over de uitleg van identiek geformuleerde bepalingen. De analyse gaat over de het effect van het EU-acquis buiten de EU. Zie M-L Öberg, 'From EU Citizens to Third Country Nationals: The Legacy of Polydor', *European Public Law* 22, nr. 1 (2016), p. 108.

erkennen in de Ospelt-zaak dat een zo volledig mogelijke verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal in de gehele EER meebrengt dat de interne markt van de EU territoriaal wordt uitgebreid tot de landen van de EVA.²⁹ Daarnaast moeten de bepalingen van de EER-overeenkomst over het vrije verkeer van kapitaal bij gelijke doel en strekking, zo veel mogelijk op gelijke wijze worden uitgelegd als de overeenkomstige artikelen uit het EG-Verdrag. Dat geldt zowel voor de inhoud van de vrijheid als voor de rechtvaardigingsgronden.³⁰ Daarmee lijkt de toepassing van het Polydor-beginsel op de EER-overeenkomst uitgesloten. Het Hof van Justitie heeft in zijn jurisprudentie over de uitleg van de vrij verkeer- en mededingingsbepalingen van de EER-overeenkomst nooit expliciet verwezen naar het Polydor-beginsel. Het Hof van Justitie en het EVA-hof benadrukken regelmatig het vereiste van een homogene uitleg en passen bij de uitleg van de EER vrij verkeer- en mededingingsbepalingen zo veel mogelijk een gelijke interpretatie met de gelijkkluidende bepalingen uit het EU-recht toe. Het Hof van Justitie en het EVA-hof geven slechts incidenteel en niet onder verwijzing naar het Polydor-beginsel een afwijkende uitleg van gelijkkluidende bepalingen.³¹

4 De bijzondere positie van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-overeenkomst

Op 29 april 2004 is Richtlijn 2004/38 over het vrije verkeer van personen in werking getreden. In Richtlijn 2004/38 is een groot deel van de tot dan toe geldende secundaire regelgeving voor verschillende categorieën EU-burgers en jurisprudentie van het Hof van Justitie over het vrije verkeer van personen neergelegd.³² Het burgerschap van de Unie vormt het uitgangspunt van Richtlijn 2004/38. Tot op zekere hoogte maakt Richtlijn 2004/38 nog steeds een onderscheid tussen “EU-marktburgers” (werknemers en zelfstandigen) en “niet-EU-

marktburgers” (studenten en alle andere EU-burgers) ten aanzien van de voorwaarden waaronder deze verschillende categorieën EU-burgers vrij kunnen reizen en verblijven binnen de EU.³³ De EU ziet Richtlijn 2004/38 als een fundamenteel onderdeel van de interne markt en heeft deze richtlijn daarom aangemerkt als een “voor de EER relevante tekst”. Dat maakt dat het Gemengd Comité van de EER, bestaande uit vertegenwoordigers van de overeenkomstsluitende partijen, moest oordelen over de mogelijke toepassing van Richtlijn 2004/38 binnen de EER.

Vooraf EVA-lidstaat Liechtenstein was van mening dat Richtlijn 2004/38 geen betekenis had binnen de EER voor zover bepalingen van die richtlijn betrekking hadden op het burgerschap van de Unie. De EU-verdragsbepalingen over het burgerschap van de Unie en de daaraan gekoppelde algemene reis- en verblijfsrechten voor economisch niet-actieve burgers van de Unie maken namelijk expliciet géén onderdeel uit van de EER-overeenkomst. De EU weigerde tijdens de onderhandelingen over de implementatie van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-overeenkomst een oplossing waarbij bepalingen van Richtlijn 2004/38 die specifiek betrekking hadden op het burgerschap van de Unie niet werden opgenomen.³⁴ Uiteindelijk bereikte het Gemengd Comité van de EER een compromis. Bij besluit van 7 december 2007 werd beslist dat de volledige tekst van Richtlijn 2004/38, met een aantal aanpassingen, van toepassing is binnen de EER.³⁵ In een gemeenschappelijke verklaring bij het besluit van het Gemengd Comité van de EER (“Joint Declaration”) wordt over het burgerschap van de Unie het volgende opgemerkt:

33 In dit kader kan bijvoorbeeld gewezen worden op art. 17 Richtlijn 2004/38 waaraan, in afwijking van art. 16 Richtlijn 2004/38, werknemers en zelfstandigen onder voorwaarden een permanent verblijfsrecht in het gastland kunnen ontlenen.

34 C. Tobler, ‘Context-related Interpretation of Association Agreements. The Polydor Principle in a Comparative Perspective: EEA Law, Ankara Association Law and Market Access Agreements between Switzerland and the EU’, in: D. Thym & M. Zoetewij-Turhan (eds), *Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements: degrees of free movement and citizenship*, Nijhoff studies in EU law, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015, p. 119.

35 Besluit van het Gemengd Comité van de EER, nr. 158/2007 van 7 december 2007 tot wijziging van bijlage V (Vrij verkeer van werknemers) en bijlage VIII (Recht van vestiging) bij de EER-overeenkomst. In het besluit wordt aangegeven dat de term “burgerschap van de Unie” niet voorkomt in de EER-overeenkomst. Deze term wordt voor Richtlijn 2004/38 binnen de EER-context vervangen door “onderdaan (onderdanen) van EU-lidstaten en EVA-lidstaten”. Daarnaast maakt immigratiebeleid geen onderdeel uit van de EER-overeenkomst.

29 Concl. A-G Geelhoed van 10 april 2003 in C-452/01 (Ospelt).

30 Concl. A-G Geelhoed van 10 april 2003 in C-452/01 (Ospelt), r.o. 69-71.

31 Zie voor voorbeelden van afwijkende uitleg, C. Tobler, ‘Context-related Interpretation of Association Agreements. The Polydor Principle in a Comparative Perspective: EEA Law, Ankara Association Law and Market Access Agreements between Switzerland and the EU’, in: D. Thym & M. Zoetewij-Turhan (eds), *Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements: degrees of free movement and citizenship*, Nijhoff studies in EU law, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015, p. 115-116.

32 Richtlijn 2004/38 heeft de 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 ingetrokken en Verordening (EEG) nr. 1612/68 gewijzigd.

Het begrip "burgerschap van de Unie", dat in het Verdrag van Maastricht werd geïntroduceerd (nu artikel 17 en volgende van het EG-Verdrag), komt niet voor in de EER-overeenkomst. Het feit dat Richtlijn 2004/38/EG in de EER-overeenkomst wordt opgenomen, heeft geen invloed op de beoordeling van de relevantie voor de EER van toekomstige EU-wetgeving en toekomstige jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie op basis van het begrip "burgerschap van de Unie". De EER-overeenkomst vormt geen juridische basis voor politieke rechten van onderdanen van EER-landen.³⁶

In art. 1 en 2 van het besluit van het Gemengd Comité van de EER komt de "carve out" van het burgerschap van de Unie binnen de EER-overeenkomst eveneens tot uitdrukking. Daar wordt vermeld dat Richtlijn 2004/38 naar gelang van toepassing is op bijlage V (vrij verkeer van werknemers) en bijlage VIII (recht van vestiging) van de EER-overeenkomst. Daarbij dient opgemerkt te worden dat deze bijlagen niet alleen zien op het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen (economisch actieven), maar ook betrekking hebben op hun in Richtlijn 2004/38 genoemde familieleden. Daarnaast ziet annex VIII ook op reis- en verblijfsrechten van economisch niet-actieven onder richtlijnen 90/364³⁷, 90/365³⁸ en 93/96³⁹, waarin voorwaarden worden gesteld over voldoende bestaansmiddelen en een adequate ziektekostenverzekering.⁴⁰ Deze reis- en verblijfsrichtlijnen bestonden al voor de introductie van het burgerschap van de Unie en maakten deel uit van het EER-acquis.

5 Jurisprudentie EVA-hof over Richtlijn 2004/38 binnen de EER

5.1 Introductie

Er is op dit moment geen jurisprudentie van het Hof van Justitie over de werking en betekenis van Richtlijn

36 Gemeenschappelijke verklaring van de overeenkomst sluitende partijen bij Besluit nr. 158/2007 van het Gemengd Comité van de EER, waarbij Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad in de Overeenkomst wordt opgenomen.

37 Richtlijn 90/364/EEG betreffende het verblijfsrecht.

38 Richtlijn 90/365/EEG betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepsactiviteiten hebben beëindigd.

39 Richtlijn 93/96 inzake het verblijfsrecht van studenten.

40 C. Tobler, 'Context-related Interpretation of Association Agreements. The Polydor Principle in a Comparative Perspective: EEA Law, Ankara Association Law and Market Access Agreements between Switzerland and the EU', in: D. Thym & M. Zoetewij-Turhan (eds), *Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements: degrees of free movement and citizenship*, Nijhoff studies in EU law, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015, p. 120.

2004/38 binnen de EER. Daarentegen heeft het EVA-hof vier arresten gewezen over Richtlijn 2004/38 binnen de EER-context. In het *Clauder*-arrest moet het EVA-hof oordelen over een vraag waar het Hof van Justitie zich nooit eerder over heeft uitgelaten. In de arresten *Wahl*⁴¹, *Gunnarsson*⁴² en *Jabbi*⁴³, wordt het EVA-hof wel geconfronteerd met vragen over de uitleg van Richtlijn 2004/38 waar het Hof van Justitie eerder over heeft geoordeeld. Daarnaast gaat het EVA-hof in deze drie arresten in op de betekenis van de "carve out" van het burgerschap van de Unie voor de uitleg van Richtlijn 2004/38 binnen de EER. Het EVA-hof geeft vooral in het fiscale *Gunnarsson*-arrest een bijzondere uitleg van het homogeniteitsvereiste. Het EVA-hof bevestigt deze uitleg in het *Jabbi*-arrest.

5.2 Het *Clauder*-arrest en het *Wahl*-arrest

Het *Clauder*-arrest is het eerste arrest van het EVA-hof over de uitleg van Richtlijn 2004/38 onder de EER-overeenkomst.⁴⁴ Het *Clauder*-arrest gaat over de uitleg van het recht op permanent verblijf van familieleden van EER-onderdanen.⁴⁵ Art. 16 lid 1 Richtlijn 2004/38 geeft een permanent verblijfsrecht aan onderdanen van een EU-lidstaat of EVA-staat, wanneer zij voor een onafgebroken periode van vijf jaar in een ontvangstaat verblijven. Het EVA-hof oordeelt in het *Clauder*-arrest dat het permanente verblijfsrecht van art. 16 lid 1 Richtlijn 2004/38 ook een afgeleid verblijfsrecht meebrengt voor familieleden van de houder van het permanente verblijfsrecht.

De *Clauder*-zaak betrof een "EFTA Court going first"-situatie, waardoor de specifieke homogeniteitsbepaling van art. 6 EER-overeenkomst niet bruikbaar was.⁴⁶ Dit geeft het EVA-hof binnen het algemene homogeniteitsvereiste⁴⁷

41 EVA-hof 22 juli 2013, E-15/12 (*Wahl*).

42 EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (*Gunnarsson*).

43 EVA-hof 26 juli 2017, E-28/15 (*Jabbi*).

44 EVA-hof 26 juli 2011, E-4/11 (*Clauder*).

45 Art. 16 Richtlijn 2004/38.

46 C. Baudenbacher, 'Some thoughts on the EFTA Court's Phases of Life', in: EFTA COURT (ed.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, Stuttgart, German Law Publishers, 2012, 11.

47 De hoofddoelstelling van de EER-overeenkomst is het tot stand brengen van een homogene dynamische Europese Economische Ruimte. Hieruit vloeit voort dat het homogeniteitsbeginsel een fundamenteel onderliggend beginsel is van de EER-overeenkomst. Dit beginsel komt verschillende keren terug in de preambule en de hoofdovereenkomst en draagt als het ware de gehele EER-overeenkomst. Zie in dit kader S. Norberg, 'Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court' (ed.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, Stuttgart, German Law Publishers, 2012, p. 31.

meer interpretatieruimte ten opzichte van de interpretatieve autonomie van het Hof van Justitie. Uit het *Clauder*-arrest blijkt dat het EVA-hof het "gat" in de uitleg van art. 16 lid 1 Richtlijn 2004/38 niet heeft opgevuld door aansluiting te zoeken bij elementen uit de burgerschapsjurisprudentie van het Hof van Justitie.⁴⁸ Voor zover het EVA-hof in het *Clauder*-arrest verwijst naar jurisprudentie van het Hof van Justitie, heeft die verwijzing alleen betrekking op het algemene recht op familiehereniging.⁴⁹ Ook de uitsluiting van het burgerschap van de Unie in de EER-overeenkomst wordt in het *Clauder*-arrest niet expliciet behandeld. Deze uitsluiting heeft in casu geen gevolgen voor de uitleg van art. 16 Richtlijn 2004/38. Dat dit een bewuste keuze van het EVA-hof is geweest, kan worden afgeleid uit het feit dat in het "report for the hearing" de uitsluiting van het burgerschap van de Unie in de EER-overeenkomst aan de orde is geweest, terwijl daar in het *Clauder*-arrest op geen enkele manier aan wordt gerefereerd.⁵⁰ Het *Clauder*-arrest is in het licht van het homogeniteitsvereiste niet problematisch. Het EVA-hof geeft slechts een "first go" op een vraag waar het Hof van Justitie zich nooit eerder over heeft uitgelaten. Het is de vraag of het Hof van Justitie de uitleg van het EVA-hof in toekomstige jurisprudentie volgt.

In het *Wahl*-arrest is in geschil is of de heer Wahl, lid van de Noorse afdeling van de motorclub Hells Angels, terecht de toegang tot IJsland is geweigerd. Art. 27 Richtlijn 2004/38 biedt de mogelijkheid om het vrije verkeer in te perken op grond van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Het *Wahl*-arrest leidde uiteindelijk niet tot een afwijkende uitleg van art. 27 Richtlijn 2004/38 door het EVA-hof ten opzichte van de uitleg door het Hof van Justitie. De uitleg van de begrippen openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid is ruim aan de orde geweest in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Deze jurisprudentie gaat over Richtlijn 64/221/EEG. Deze richtlijn regelde de beperkingen op het vrije verkeer om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Richtlijn 64/221/EEG en de betreffende jurisprudentie hierover maakten vóór de introductie van Richtlijn 2004/38 deel uit van het EER-acquis en waren niet gebaseerd op het burgerschap van de Unie. Richtlijn 64/221/EEG werd vervangen door hoofdstuk 6 van Richtlijn 2004/38 (art. 27 e.v.). Hoofdstuk 6 Richtlijn 2004/38 codificeerde

ook deels de jurisprudentie van het Hof van Justitie over Richtlijn 64/221/EEG.⁵¹

De "carve out" van het burgerschap van de Unie binnen de EER-overeenkomst speelt in de *Wahl*-zaak dus geen rol. Het EVA-hof adresseert in het *Wahl*-arrest in een obiter dictum wél de betekenis van de "carve out" van het burgerschap van de Unie voor de toepassing van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-overeenkomst: *[T]he impact of the exclusions must be assessed on a case-by-case basis and may vary accordingly. In this regard, it must be noted that, as is apparent from Article 1(a) and recital 3 in its preamble, the Directive aims in particular to strengthen the right of free movement and residence of EEA nationals (...). To this end, it lays down the conditions governing the exercise of the right of free movement and residence within the territory of the EEA. The impact of the exclusion of the concept of citizenship has to be determined, in particular, in cases concerning Article 24 of the Directive which essentially deals with the equal treatment of family members who are not nationals of a Member State and who have the right of residence or permanent residence.*⁵²

De precieze betekenis van de "carve out" blijft ook na het obiter dictum in het *Wahl*-arrest onduidelijk. Weiss en Kaupa menen naar aanleiding van het obiter dictum in het *Wahl*-arrest in het algemeen dat een verschillende juridische of feitelijke situatie een verschillende uitleg meebrengt van bepalingen van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-context en de EU-context.⁵³ Tobler merkt op dat de overweging van het EVA-hof over art. 24 Richtlijn 2004/38 het punt is waar het Polydor-beginsel het EER-recht betreedt.⁵⁴ Fredriksen en Franklin menen daarentegen dat de expliciete verwijzing van het EVA-hof in het obiter dictum naar "in particular, in cases concerning Article 24 of the Directive" andere aspecten van de "carve out" impliciet uitsluit, waardoor "the wind was already seemingly snatched out of the Joint Declaration's sails".⁵⁵

⁴⁸ Zie voor een bespreking van de burgerschapsjurisprudentie op dit terrein; Erik Ros, *EU Citizenship and Direct Taxation*, EUCOTAX-serie, nr. 54, Hoofdstuk 10, paragraaf 6, Kluwer Law International, 2017.

⁴⁹ C. Tobler, 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', *European Papers*, Vol. 3, 2018, p. 1437-1438.

⁵⁰ EVA-hof 26 juli 2011, E-4/11 (*Clauder*), EFTA Ct. Rep 2011, 216, report for the hearing, r.o. 9.

⁵¹ F. Rossi Dal Pozzo, *Citizenship Rights and Freedom of Movement in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2013, p. 75.

⁵² EVA-hof 22 juli 2013, E-15/12 (*Wahl*), r.o. 75-77.

⁵³ F. Weiss & C. Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 24.

⁵⁴ C. Tobler, 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', *European Papers*, Vol. 3, 2018, p. 1434.

⁵⁵ H.H. Fredriksen & C.N.K. Franklin, 'Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years on', *Common Market Law Review*, 2015, p. 643.

5.3 Het Gunnarsson-arrest en het Jabbi-arrest

De heer en mevrouw Gunnarsson hebben de IJslandse nationaliteit. In de periode van januari 2004 tot en met september 2009 verblijft het echtpaar in Denemarken. Gedurende deze periode bestaat het inkomen van het echtpaar Gunnarsson grotendeels uit een IJslandse arbeidsongeschiktheidsuitkering en uitkeringen van twee IJslandse pensioenfondsen van de heer Gunnarsson. De heer Gunnarsson betaalt over dit inkomen inkomstenbelasting in IJsland. IJsland biedt het echtpaar Gunnarsson niet de mogelijkheid om hun IJslandse persoonlijke belastingkredieten samen te voegen ("poolen"), omdat zij niet in IJsland wonen. De mogelijkheid om IJslandse persoonlijke belastingkredieten samen te voegen, staat alleen open voor individuen die in IJsland wonen en daar onbeperkt belastingplichtig zijn. De heer Gunnarsson betoogt, als niet-inwoner en beperkt belastingplichtige in IJsland, dat hij te veel IJslandse inkomstenbelasting heeft betaald, omdat hij geen gebruik kon maken van de belastingkrediet van mevrouw Gunnarsson. Uiteindelijk komt de zaak bij het EVA-hof terecht. Het EVA-hof moet oordelen over de vraag of het weerhouden van de mogelijkheid om belastingkredieten samen te voegen in overeenstemming is met art. 28 EER-overeenkomst (vrij verkeer van werknemers) en art. 7 Richtlijn 2004/38 (verblijfsrecht voor EER-onderdanen)?⁵⁶

Het EVA-hof vindt dat art. 28 EER-overeenkomst niet van toepassing is, omdat de heer Gunnarsson zijn volledige beroepswerkzaamheden heeft uitgeoefend in IJsland. Daarnaast verhuist de heer Gunnarsson pas na zijn pensionering naar Denemarken en heeft hij niet de bedoeling om in Denemarken in loondienst te werken.⁵⁷ Het EVA-hof onderzoekt vervolgens of Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 van toepassing zijn. De incorporatie van Richtlijn 2004/38 in de EER-overeenkomst trad op 1 maart 2009 in werking. Op die datum werd de voorafgaande Richtlijn 90/365 ten aanzien van de EER/EVA-staten ingetrokken. Het EVA-hof merkt op dat Richtlijn 90/365 deel moet uitmaken van de beoordeling, omdat de situatie van het echtpaar Gunnarsson ook ziet op de periode vóór de incorporatie van Richtlijn 2004/38 in de EER-overeenkomst. Het EVA-hof wijst vervolgens op de derde overweging van de preambule van Richtlijn 90/365 op grond waarvan het verblijfsrecht in een andere EER-staat ook openstaat voor diegenen die hun beroepsactiviteiten hebben beëindigd.⁵⁸ Daarbij stelt art. 1 lid 1 Richtlijn 90/365 de voorwaarden dat een individu na het

beëindigen van de beroepsactiviteiten over voldoende bestaansmiddelen en een dekkende ziektekostenverzekering moet beschikken in de andere EER-staat. Art. 1 lid 2 Richtlijn 90/365 geeft de echtgenote van het individu een afgeleid verblijfsrecht.

Het EVA-hof benadrukt dat art. 1 Richtlijn 90/365 bedoeld is om een verblijfsrecht in een andere EER-staat dan de vertrekstaat te creëren. Dit recht veronderstelt volgens het EVA-hof dat art. 1 Richtlijn 90/365 ook ziet op belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Het EVA-hof vindt daarom dat art. 1 Richtlijn 90/365 een ruime werking toekomt. Het EVA-hof overweegt dat een andere uitleg het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen na het beëindigen van hun beroepsactiviteiten ondermijnt. Daarnaast maakt een andere uitleg het recht om in een andere EER-staat te verblijven ineffectief.⁵⁹ Materieel is art. 1 Richtlijn 90/365 overgenomen in art. 7 lid 1 onderdeel b, Richtlijn 2004/38. Het EVA-hof oordeelt daarom dat niets wijst op een beperktere uitleg van de recentere bepaling ten opzichte van de eerdere bepaling voor zover het gaat om het recht om vanuit de vertrekstaat binnen de EER te bewegen.⁶⁰

Het EVA-hof merkt op dat bepalingen over het burgerschap van de Unie niet zijn opgenomen in de EER-overeenkomst. Rechten van economisch niet-actieve personen die bestonden vóór de introductie van het burgerschap van de Unie (in casu waren dat rechten onder richtlijnen 90/364⁶¹, 90/365⁶² en 93/96⁶³) en nadien zijn opgenomen in Richtlijn 2004/38, vallen echter niet onder de "carve out". Het EVA-hof overweegt over de toepassing van Richtlijn 2004/38 binnen de EER:

*Therefore, the incorporation of Directive 2004/38 cannot introduce rights into the EEA Agreement based on the concept of Union Citizenship. However, individuals cannot be deprived of rights that they have already acquired under the EEA Agreement before the introduction of Union Citizenship in the EU. These established rights have been maintained in Directive 2004/38.*⁶⁴

Het EVA-hof benadrukt, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie, dat eveneens niet doorslaggevend is dat het Hof van Justitie binnen de

⁵⁶ Zie voor een bespreking van het Gunnarsson-arrest, M.F. de Wilde, *The Icelandic State and Atli Gunnarsson. Free movement of persons. Personal tax credits. EFTA Court, Highlights & Insights on European Taxation 2014*, 5, p. 49-65.

⁵⁷ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 74.

⁵⁸ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 75.

⁵⁹ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 77.

⁶⁰ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 78.

⁶¹ Richtlijn 90/364/EEG betreffende het verblijfsrecht.

⁶² Richtlijn 90/365/EEG betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepsactiviteiten hebben beëindigd.

⁶³ Richtlijn 93/96 inzake het verblijfsrecht van studenten.

⁶⁴ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 80.

EU een beroep tegen de emigratie-/vertrekstaat direct baseert op art. 21 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) in plaats van art. 1 Richtlijn 90/365 of art. 7 Richtlijn 2004/38. Het EVA-hof stelt dat de incorporatie van het recht om vrij te reizen en te verblijven in primair EU-recht de noodzaak wegneemt om te verwijzen naar secundair EU-recht. Het EVA-hof oordeelt dat art. 1 Richtlijn 90/365 en art. 7 lid 1 onderdeel b, Richtlijn 2004/38 niet alleen een verblijfsrecht in een andere EER-staat meebrengt, maar ook het recht om niet gehinderd te worden door de vertrekstaat.⁶⁵

Het EVA-hof beslist, onder verwijzing naar de Schumacker-doctrine van het Hof van Justitie, dat voor directe belastingen de situatie van inwoners en niet-inwoners niet vergelijkbaar is, voor wat betreft het in aanmerking nemen van fiscale voordelen in verband met de persoonlijke omstandigheden en de gezinssituatie. Dit is echter anders, indien de niet-inwoner geen inkomsten van betekenis geniet in de woonstaat en het grootste deel van zijn belastbaar inkomen verwerft in een andere staat, met als gevolg dat de woonstaat hem niet de voordelen kan toekennen die voortvloeien uit de inaanmerkingneming van zijn persoonlijke en gezinssituatie. In die situatie is geen sprake van een objectief verschil tussen een inwoner en een niet-inwoner. Een niet-inwoner kan dan op gelijke voet met een inwoner aanspraak maken op voordelen die samenhangen met de persoonlijke en gezinssituatie. Het EVA-hof oordeelt uiteindelijk dat IJsland in strijd handelt met art. 1 van Richtlijn 90/365/EEG en art. 7 Richtlijn 2004/38/EG door het echtpaar Gunnarsson na hun verhuizing naar Denemarken niet de mogelijkheid te geven om hun persoonlijke belastingkredieten samen te voegen. Het echtpaar Gunnarsson heeft die mogelijkheid wel, als zij in IJsland zouden verblijven.⁶⁶

In het *Jabbi*-arrest moet het EVA-hof over een vergelijkbare vraag als in de Gunnarsson-zaak oordelen. Het EVA-hof overweegt, onder verwijzing naar het Gunnarsson-arrest, dat een vertrekstaat zijn onderdanen niet mag hinderen om naar een andere EER-lidstaat toe te gaan. Het recht om vrij te kunnen bewegen vanuit de vertrekstaat naar een andere EER-lidstaat kan niet volledig worden gerealiseerd als de derdelander-echtgenoot (de heer Jabbi) van de EER-onderdaan geen aanspraak kan maken op een afgeleid verblijfsrecht. Om die reden hebben de betreffende bepalingen van Richtlijn 2004/38 een gelijke toepassing op de situatie dat een EER-onderdaan terugkeert naar de eerdere vertrekstaat met een

derdelander-familieelid.⁶⁷ Het afgeleide verblijfsrecht voor het derdelander-familieelid is afhankelijk van het hebben van voldoende bestaansmiddelen en een dekende ziektekostenverzekering. Daarnaast moet de EER-onderdaan ten minste drie maanden in de ontvangstaat hebben gewoond, alvorens terug te keren naar de vertrekstaat. Het EVA-hof bevestigt in het *Jabbi*-arrest, evenals in het Gunnarsson-arrest, dat art. 7 lid 1 onderdeel b Richtlijn 2004/38 kan worden ingeroepen tegen de (oorspronkelijke) vertrekstaat.

6 De arresten Gunnarsson en Jabbi: Polydor revisited?

6.1 Effect homogeniteit

In de arresten Gunnarsson en Jabbi staat de uitleg van Richtlijn 2004/38 centraal. Richtlijn 2004/38 is mede gebaseerd op eerdere reis- en verblijfsrichtlijnen die ook van toepassing waren binnen de EER-overeenkomst.⁶⁸ Het burgerschap van de Unie vormt het uitgangspunt van Richtlijn 2004/38. De bepalingen in het primaire EU-recht over het burgerschap van de Unie en de daaraan gekoppelde reis- en verblijfsrechten hebben geen "tegenhanger" in de EER-overeenkomst. De incorporatie van Richtlijn 2004/38 en de "carve out" van het burgerschap van de Unie binnen de EER-overeenkomst, maakt daarom de uitleg van bepalingen van Richtlijn 2004/38 binnen de EER complex. Fredriksen en Franklin merken hierover op:

*"the divergent legal contexts within which the Directive is situated in EU and EEA law – in addition to the fact that it was never designed to operate in the EEA context – entails that the legal situation in which it operates is particularly complex in nature".*⁶⁹

⁶⁵ De heer Jabbi heeft de Gambiaanse nationaliteit. In 2012 trouwt de heer Jabbi in Spanje met mevrouw Amoh. Mevrouw Amoh heeft de Noorse nationaliteit en woont in Spanje waar zij economisch niet actief is. Eind 2012 verhuist mevrouw Amoh terug naar Noorwegen. De heer Jabbi vraagt in Noorwegen een verblijfsvergunning aan. De Noorse autoriteiten weigeren de heer Jabbi een verblijfsvergunning te geven.

⁶⁶ Richtlijn 2004/38/EG vervangt alle bestaande richtlijnen inzake het vrije verkeer van personen (richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG) en amendeert Verordening 1612/68/EEG.

⁶⁷ Fredriksen & Franklin, 'Of pragmatism and principles: The EEA Agreement more than 20 years on', *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 24.

⁶⁵ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 81-82.

⁶⁶ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (Gunnarsson), r.o. 88-91.

De onderliggende *rationale* van het EVA-hof in de arresten *Gunnarsson* en *Jabbi* lijkt om een op effect gebaseerde homogeniteit met vergelijkbare bepalingen uit het EU-recht te bereiken ("*effect homogeniteit*").⁷⁰ Dit blijkt ook uit andere jurisprudentie van het EVA-hof. Het EVA-hof legt bij zijn uitleg van vergelijkbare bepalingen, de nadruk op het nastreven van een vergelijkbaar effect van bepalingen binnen de EER-context, in plaats van een louter formele, gelijke interpretatie van een bepaling als onder het EU-recht.⁷¹ Daarmee geeft het EVA-hof een nieuwe dimensie aan het homogeniteitsvereiste van art. 6 EER-overeenkomst. Het EVA-hof benadrukt in het *Gunnarsson*-arrest dat art. 7 Richtlijn 2004/38 (en art. 1 Richtlijn 90/365) in beginsel bedoeld is om een verblijfsrecht in een andere EER-staat dan de vertrekstaat te creëren. Het EVA-hof oordeelt dat een economisch niet-actieve burger art. 7 lid 1 onderdeel b Richtlijn 2004/38 (en het eerdere art. 1 Richtlijn 90/365) ook succesvol kan inroepen tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Daarmee bereikt het EVA-hof een vergelijkbare uitleg als binnen de EU-context onder art. 21 VWEU. Opmerkelijk daarbij is dat het EVA-hof de werking van Richtlijn 2004/38 binnen de EER-overeenkomst niet beperkt uitlegt, maar juist een ruimere uitleg geeft ten opzichte van de uitleg onder EU recht.^{72, 73}

6.2 Jurisprudentie Hof van Justitie over art. 21 VWEU in relatie tot de vertrekstaat

De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat zien dat art. 21 VWEU door een economisch niet-actieve burger ook kan worden ingeroepen tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. In dit kader kan gewezen worden op de arresten *Pusa* en *Turpeinen*.⁷⁴ Beide arresten zijn vergelijkbaar met het *Gunnarsson*-arrest. Het *Pusa*-arrest gaat over een naar Spanje geëmigreerde Fin die is gepensioneerd. De geëmigreerde Fin ontvangt pensioen uit Finland. In Finland wordt op het pensioen (deels) beslag gelegd in verband met betalingsachterstanden. De Finse regelgeving maakt een onderscheid, ten aanzien van het beslag, tussen een

pensioen dat wordt belast in Finland en een pensioen dat wordt belast buiten Finland (in casu Spanje). Er ontstaat door deze regelgeving een hoger beslag dan wanneer de Fin in Finland zou wonen. Het Hof van Justitie oordeelt dat dit onderscheid tussen in en buiten Finland belast pensioen in strijd is met art. 18 EG-Verdrag (art. 21 VWEU). In het *Turpeinen*-arrest wordt een hogere (bron)belasting ingehouden op het pensioen van een uit Finland geëmigreerde persoon in vergelijking met iemand die in Finland woont en pensioen ontvangt. Ook hier oordeelt het Hof van Justitie dat de Finse regelgeving in strijd is met art. 18 EG-Verdrag (art. 21 VWEU).

Wat opvalt, is dat het Hof van Justitie de belemmeringenleer toepast tegenover de vertrekstaat. Het Hof van Justitie hangt de jurisprudentie over art. 21 VWEU dus niet alleen op aan de non-discriminatiebenadering. Het Hof van Justitie geeft art. 21 VWEU een ruime werking en sluit daarmee aan bij een vergelijkbare uitleg onder de marktvrijheden.⁷⁵ Wat verder opvalt, is dat het Hof van Justitie zijn uitspraak in beide zaken alleen baseert op art. 18 EG-Verdrag (art. 21 VWEU) en niet de toepassing van Richtlijn 90/365⁷⁶ tegenover de vertrekstaat overweegt. A-G Léger gaat in zijn conclusie bij de *Turpeinen*-zaak wel in op de toepassing van Richtlijn 90/365 tegenover de vertrekstaat. A-G Léger overweegt dat Richtlijn 90/365 niet van toepassing is op de *Turpeinen*-zaak, omdat in Richtlijn 90/365 uitdrukkelijk alleen een verplichting is opgenomen voor de ontvangstaat en slechts betrekking heeft op het verblijfsrecht in deze staat. A-G Léger ziet niet in waarom de werkingsfeer van Richtlijn 90/365 zou moeten worden uitgebreid tot maatregelen van de staat van herkomst. Verder overweegt A-G Léger dat sinds de inwerkingtreding van het EU-Verdrag, art. 18 EG-Verdrag (art. 21 VWEU) rechtstreeks aan economisch niet-actieve gemeenschapsonderdanen het recht verleent om vrij in een andere lidstaat te reizen en te verblijven. Deze bepaling dient "vertrekbelemmeringen" uit de weg te ruimen.⁷⁷

De opvatting van A-G Léger resoneert in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁷⁸ Illustratief in dat kader is

70 C. Burke & I. Hannesson, 'Citizenship by the back door? Gunnarsson', *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 1117-1118.

71 Zie voor een verwijzing naar deze jurisprudentie en de onderwerpen waarop deze jurisprudentie ziet C. Burke & I. Hannesson, 'Citizenship by the back door? Gunnarsson', *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 1118.

72 C. Tobler, 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', *European Papers*, Vol. 3, 2018, p. 1435.

73 Zie voor deze ruimere uitleg onderdeel 6.3 van deze bijdrage.

74 HvJ EG 29 april 2004, C-224/02 (*Pusa*) en HvJ EG 9 november 2006, C-520/04 (*Turpeinen*).

75 HvJ EG 26 januari 1999, C-18/95 (*Terhoeve*), HvJ EG

31 maart 1993, C-19/92 (*Kraus*) en HvJ EG 27 september 1988, 81/87 (*Daily Mail*). Zie in dit kader H.P.A.M. van Arendonk, 'Exitheffingen: jurisprudentie HvJ EG en beleid EC en hoe nu verder?', *MBB* 2007, nr. 5, onderdeel 2.

76 Richtlijn 90/365 was ten tijde van de zaken *Pusa* en *Turpeinen* van toepassing. Inmiddels is Richtlijn 90/365 vervangen door Richtlijn 2004/38.

77 Concl. A-G Léger van 18 mei 2006 in de zaak-*Turpeinen* (C-520/04), r.o. 33-34.

78 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 september 2007, C-76/05 (*Schwarz and Gootjes-Schwarz*) en HvJ EG 23 oktober 2007, gevoegde zaken C-11&12/06 (*Morgan and Bucher*).

het *O&B*-arrest.⁷⁹ In dit arrest speelt de vraag of een derdelander-familieelid op grond van Richtlijn 2004/38 aanspraak kan maken op een afgeleid verblijfsrecht. In navolging van A-G Sharpston, oordeelt het Hof van Justitie dat uit een letterlijke, een systematische en een teleologische uitlegging van Richtlijn 2004/38 blijkt dat daarop geen afgeleid verblijfsrecht voor derdelanders-familieleden van een burger van de Unie, in de lidstaat waarvan die burger de nationaliteit heeft, kan worden gefundeerd. Richtlijn 2004/38 heeft betrekking op het verblijfsrecht van een burger van de Unie en op het afgeleide verblijfsrecht van diens familieleden in "een andere lidstaat" dan wel in "het gastland". Daarmee is bevestigd dat een derdelander-familieelid van een burger van de Unie, aan Richtlijn 2004/38 geen afgeleid verblijfsrecht kan ontlenen in de lidstaat van de nationaliteit van die burger.⁸⁰

Het Hof van Justitie oordeelt dat een afgeleid verblijfsrecht voor een derdelander-familieelid bij de terugkeer van een burger van de Unie naar de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, alleen gebaseerd kan zijn op art. 21 VWEU. Het Hof van Justitie gaat in op de voorwaarden waaronder in deze situatie een afgeleid verblijfsrecht toekomt aan een derdelander-familieelid bij wie die burger louter in zijn hoedanigheid van burger van de Unie heeft verbleven in de ontvangstaat. Het Hof van Justitie merkt op dat deze voorwaarden in beginsel niet strenger mogen zijn dan de voorwaarden die Richtlijn 2004/38 verbindt aan de toekenning van een verblijfsrecht aan een derdelander-familieelid van een burger van de Unie die zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend door zich in een andere lidstaat dan die van zijn nationaliteit te vestigen. Het Hof van Justitie overweegt dat Richtlijn 2004/38 niet een dergelijk geval van terugkeer betreft, maar desondanks naar analogie dient te worden toegepast wat de voorwaarden betreft van het verblijf van de burger van de Unie in een andere lidstaat dan die van zijn nationaliteit. In beide gevallen is de burger van de Unie de referentiepersoon voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan een derdelander-familieelid.⁸¹ Het Hof van Justitie gebruikt Richtlijn 2004/38 als een "template" voor de voorwaarden voor het afgeleide verblijfsrecht, maar benadrukt dat dit recht alleen gebaseerd kan zijn op art. 21 VWEU.⁸²

79 HvJ EU 12 maart 2014, C-456/12 (*O&B*). Zie voor een bespreking van het *O&B*-arrest H. van Eijken, 'De zaken S. en G. & O. en B.: Grenzeloze gezinnen en afgeleide verblijfsrechten', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, december 2014, nr. 10, p. 319-324.

80 HvJ EU 12 maart 2014, C-456/12 (*O&B*), r.o. 37-40.

81 HvJ EU 12 maart 2014, C-456/12 (*O&B*), r.o. 50.

82 C. Burke & I. Hannesson, 'Citizenship by the back door?' *Gunnarsson*, *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 1122.

6.3 Het EVA-hof: *Polydor 2.0?*

Het EVA-hof geeft in de arresten *Gunnarsson* en *Jabbi* een ruime werking aan Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 waardoor deze richtlijnen ook zien op belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Een andere uitleg ondermijnt de effectiviteit van de richtlijnen. Daarmee gaat het EVA-hof verder dan de uitleg van het Hof van Justitie over de toepassing van deze richtlijnen tegenover de vertrekstaat. Het EVA-hof merkt op dat vóór de introductie van het burgerschap van de Unie de richtlijnen 90/364, 90/365 en 93/96 al verblijfsrechten voor economisch niet-actieve personen creëerden. Deze richtlijnen maakten deel uit van de EER-overeenkomst en zijn later materieel opgegaan in Richtlijn 2004/38. Het EVA-hof oordeelt dat deze verblijfsrechten voor economisch niet-actieve personen daarom niets te maken hebben met het burgerschap van de Unie en de daaraan gekoppelde reis- en verblijfsrechten. Daarnaast kunnen individuen niet (verblijfs)rechten worden onthouden waar zij onder de EER-overeenkomst al recht op hadden vóór de introductie van het burgerschap van de Unie. Het EVA-hof benadrukt verder dat de introductie van het recht om vrij te reizen en te verblijven voor economisch niet-actieve personen in primair EU-recht, de noodzaak wegneemt om te verwijzen naar secundair EU-recht.⁸³

De argumentatie van het EVA-hof in het *Gunnarsson*-arrest is misleidend.⁸⁴ De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat zien dat het Hof van Justitie het recht op gelijke behandeling voor economisch niet-actieve personen in de ontvangstaat baseert op Richtlijn 2004/38; alleen of in relatie met art. 21 VWEU. Dezelfde voorkeur valt niet te onderkennen ten aanzien van belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. A-G Mazák merkt in zijn conclusie in de *Förster*-zaak hierover op dat uit jurisprudentie blijkt dat Richtlijn 2004/38 een *lex specialis* is ten opzichte van art. 21 VWEU.⁸⁵ Daaruit volgt dat het Hof van Justitie zich eerst moet baseren op secundair Unierecht en alleen een beroep kan doen op de bepalingen over het burgerschap van de Unie als het secundaire Unierecht geen uitkomst biedt. De stelling van het EVA-hof dat de introductie van het recht om vrij te reizen en te verblijven in het primaire Unierecht de noodzaak wegneemt om te verwijzen naar secundair Unierecht staat daar haaks op.

83 EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (*Gunnarsson*), r.o. 80-81.

84 C. Burke & I. Hannesson, 'Citizenship by the back door?' *Gunnarsson*, *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 1123-1124.

85 Concl. A-G Mazák van 10 juli 2008 in C-158/07 (*Förster*), r.o. 118.

Deze stelling van het EVA-hof is daarnaast niet in overeenstemming met latere jurisprudentie van het Hof van Justitie. In het *O&B*-arrest oordeelt het Hof van Justitie in duidelijke bewoording dat Richtlijn 2004/38 geen afgeleid verblijfsrecht voor derdelanders-familieleden van een burger van de Unie meebrengt in de lidstaat waarvan die burger de nationaliteit heeft. Hoewel het *O&B*-arrest feitelijk iets verschilt van het *Gunnarsson*-arrest, is de essentie hetzelfde. In beide arresten gaat het om burgers van de Unie die na gebruik te hebben gemaakt van het recht om vrij te reizen en te verblijven, een beroep doen op een bepaling van een richtlijn tegen de vertrekstaat terwijl die bepaling expliciet gericht is tegen de ontvangstaat.

Tot slot onderkent het EVA-hof in Richtlijn 90/365 een recht op vrij verkeer voor economisch niet-actieve personen dat kan worden ingeroepen tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Zij stellen dat het EVA-hof daarmee miskent dat dit recht tegenover de vertrekstaat door het Hof van Justitie pas door de introductie van het burgerschap van de Unie en de daaraan gekoppelde reis- en verblijfsrechten is losgemaakt van de marktvrijheden. De *rationale* van de jurisprudentie van het Hof van Justitie daarbij was het recht om vrij te kunnen reizen. Richtlijn 90/365 heeft niet tot doel om belemmeringen van het recht om vrij te kunnen reizen weg te nemen en is door het Hof van Justitie nooit op die manier uitgelegd. Richtlijn 90/365 geeft alleen de voorwaarden waaronder een gepensioneerde in de ontvangstaat een verblijfsrecht heeft.

In de arresten *Gunnarsson* en *Jabbi* geeft het EVA-hof Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 eenzelfde invulling als het Hof van Justitie aan het veel ruimere art. 21 VWEU geeft (het recht om vrij te kunnen reizen en verblijven binnen de EU). Het EVA-hof geeft in het *Gunnarsson*-arrest een aanwijzing voor een mogelijke verklaring voor deze afwijkende uitleg. Het EVA-hof overweegt:

*“the provisions of Directive 90/365 and Directive 2004/38 form part of the EEA Agreement, and must, as far as possible, be afforded an interpretation that renders them consistent with the provisions of the EEA Agreement and general principles of EEA law.”*⁸⁶

Het *Gunnarsson*-arrest is het eerste arrest waar het EVA-hof een verblijfsrecht uit Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 inroept tegen de vertrekstaat. Deze afwijkende uitleg van het EVA-hof vindt kennelijk grond in de verschillende context waarbinnen Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 zich bevinden ten opzichte van het

EU-recht.⁸⁷ Onder EU-recht is het niet problematisch dat een verblijfsrecht op grond van de richtlijnen niet kan worden ingeroepen tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Onder EU-recht kan voor die situaties een beroep worden gedaan op art. 21 VWEU. Het is binnen de EU-context kennelijk niet nodig om met een beroep op de effectiviteit van het verblijfsrecht in de ontvangstaat de werkingssfeer van Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 uit te breiden tot belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Binnen de EER-context ontbreken bepalingen over het burgerschap van de Unie. Daarom is het verdedigbaar dat in het kader van de effectiviteit van het verblijfsrecht in de ontvangstaat een ruimere toepassing aan dit verblijfsrecht onder Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 wordt gegeven dan binnen de EU-context. EER-onderdanen hadden op basis van Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 in vergelijking met EU-onderdanen niet dezelfde mate van bescherming gekregen tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat, als het EVA-hof de uitleg van het Hof van Justitie had gevolgd.

.....

**“Volgens het EVA-hof
vraagt een gelijklopende
bepaling binnen een andere
context, een andere uitleg
om hetzelfde effect voor
EER-onderdanen als binnen
de EU-context te bereiken”**

.....

De enige mogelijkheid die het EVA-hof in de *Gunnarsson*-zaak kennelijk zag om de homogeniteit binnen de EER-rechtsorde te bewaken, was om art. 1 Richtlijn 90/365 en art. 7 Richtlijn 2004/38 een ruimere uitleg te geven dan het Hof van Justitie binnen de EU context. Een mechanische, parallelle uitleg aan het EU-recht kan leiden tot een ongebalanceerde, scheve interne markt binnen de EER-rechtsorde. Het EVA-hof geeft in het *Gunnarsson*-arrest een op effect gebaseerde uitleg van het homogeniteitsvereiste. Uit het *Gunnarsson*-arrest kan worden opgemaakt dat de verschillende context waarbinnen Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 van toepassing zijn, een afwijking van een volstrekt parallelle uitleg

⁸⁷ C. Burke & I. Hannesson, ‘Citizenship by the back door? Gunnarsson’, *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 1124-1126.

⁸⁶ EVA-hof 27 juni 2014, E-26/13 (*Gunnarsson*), r.o. 83.

van identieke bepalingen onder het EU-recht en EER-recht kan meebrengen. Volgens het EVA-hof vraagt een gelijklopende bepaling binnen een andere context, een andere uitleg om hetzelfde effect voor EER-onderdanen als binnen de EU-context te bereiken.⁸⁸ Ondanks dat bepalingen over het burgerschap van de Unie zijn uitgesloten binnen de EER-overeenkomst, resonanceert het burgerschap van de Unie in het *Gunnarsson*-arrest. Het is de vraag of het EVA-hof zonder de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het burgerschap van de Unie dezelfde mate van bescherming onder de Richtlijn 90/365 en Richtlijn 2004/38 aan de heer Gunnarsson en de heer Jabbi had gegeven. Met de arresten *Gunnarsson* en *Jabbi* creëert het EVA-hof onder de paraplu van het homogeniteitsvereiste binnen de EER een nieuwe versie van het Polydor-beginsel.

7 Tot slot

Volgens het Hof van Justitie is de context waarbinnen een aan het EU-recht gelijklopende bepaling van een associatieovereenkomst geldt, doorslaggevend voor de uitleg van die bepaling ("*Polydor-beginsel*"). De EER-overeenkomst kent de hoogste associatie tussen derde landen en de EU's interne markt. Het homogeniteitsvereiste binnen de EER brengt mee dat EER-vrij verkeers- en mededingingsbepalingen zo veel mogelijk een gelijke interpretatie met de gelijklopende bepalingen uit het EU-recht krijgen. In Richtlijn 2004/38 is een groot deel van de geldende regelgeving en jurisprudentie over het vrije verkeer van personen binnen de EU neergelegd. Het burgerschap van de Unie vormt het uitgangspunt van Richtlijn 2004/38. Richtlijn 2004/38 maakt eveneens onderdeel uit van het EER-acquis. De EU-verdragsbepalingen over het burgerschap van de Unie en de

daaraan gekoppelde algemene reis- en verblijfsrechten voor economisch niet-actieve burgers van de Unie zijn echter uitdrukkelijk geen onderdeel van de EER-overeenkomst.

Er is op dit moment geen jurisprudentie van het Hof van Justitie over de werking en betekenis van Richtlijn 2004/38 binnen de EER. Het EVA-hof heeft daarentegen wel arresten gewezen over Richtlijn 2004/38 binnen de EER-context. Het EVA-hof benadrukt bijvoorbeeld in het fiscale *Gunnarsson*-arrest dat art. 7 Richtlijn 2004/38 in beginsel bedoeld is om een verblijfsrecht in een andere EER-staat dan de vertrekstaat te creëren. Het EVA-hof geeft een ruime werking aan deze bepalingen en oordeelt dat een economisch niet-actieve burger art. 7 lid 1 onderdeel b Richtlijn 2004/38 ook succesvol kan invoeren tegen belemmerende maatregelen opgelegd door de vertrekstaat. Daarmee bereikt het EVA-hof een vergelijkbare uitleg als het Hof van Justitie binnen de EU-context onder het aan het burgerschap van de Unie gekoppelde algemene reis- en verblijfsrecht van art. 21 VWEU. Opmerkelijk daarbij is dat het EVA-hof aan de werking van art. 7 lid 1 onderdeel b Richtlijn 2004/38 binnen de EER een ruimere uitleg geeft ten opzichte van de uitleg onder EU-recht.

De jurisprudentie van het EVA-hof heeft binnen de EER een nieuwe versie van het Polydor-beginsel geïntroduceerd. Het EVA-hof legt aan het EU-recht gelijklopende bepalingen uit vanuit op effect gebaseerde homogeniteit. Volgens het EVA-hof vraagt een gelijklopende bepaling binnen een andere context, een andere uitleg om hetzelfde effect voor EER-onderdanen als binnen de EU-context te bereiken. Het lijkt erop dat het EVA-hof onder de paraplu van effectgerelateerde homogeniteit het burgerschap van de Unie via de achterdeur het EER-acquis binnen laat. Een nuttige constatering voor mogelijke toekomstige associaties tussen de EU en derde landen waarin een vorm van vrij verkeer van personen is opgenomen die gebaseerd is op het EU-recht en waarbij de politieke wens bestaat om bepalingen over het burgerschap van de Unie uit te sluiten.

⁸⁸ C. Tobler, 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', *European Papers*, Vol. 3, 2018, p. 1448.