



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 12. december 2013¹

Sag C-456/12

**O.
mod
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
og
Minister voor Immigratie, Integratie en Asielmod
B.,
Sag C-457/12
S.
mod
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
og
Minister voor Immigratie, Integratie en Asielmod
G.**

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (Nederlandene))

»Tredjelandstatsborgeres ret til at bo i den medlemsstat, hvor den unionsborger, hvormed de har familiemæssige bånd, er statsborger og har bopæl«

1. Fire tredjelandstatsborgere (»O«, »B«, »S« og »G«) har alle familiemæssige bånd til forskellige nederlandske statsborgere (og således unionsborgere), som er deres respektive referencepersoner. De har alle søgt om lovligt ophold i Nederlandene, hvor deres respektive referencepersoner har bopæl. I alle tilfældene har referencepersonen passeret grænser til andre medlemsstater af arbejdsmæssige eller andre grunde. Raad van State (Nederlandene) har nærmere bestemt spurgt Domstolen, hvorvidt en sådan bevægelse er tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at EU-retten finder anvendelse, og til, at disse tredjelandstatsborgere har en afledt ret til ophold i Nederlandene.

2. O, B og G er gift med henholdsvis »referenceperson O«, »referenceperson B« og »referenceperson G«. Referenceperson O og referenceperson B har tidligere opholdt sig i andre medlemsstater, men uden at arbejde dér. Referenceperson G er ansat hos en belgisk arbejdsgiver og tager hver dag på arbejde i Belgien. G og referenceperson G har børn. S har en svigersøn (»referenceperson S«), som er ansat hos en nederlandsk arbejdsgiver, men bruger ca. 30% af sin tid på at forberede og aflægge forretningsbesøg i Belgien. S passer referenceperson S' søn i Nederlandene.

¹ — Originalsprog: engelsk.

De retlige rammer

EU-ret

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

3. Artikel 20, stk. 1, TEUF indfører unionsborgerskabet og bestemmer, at »enhver, der er statsborger i en medlemsstat«, har unionsborgerskab. I henhold til artikel 20, stk. 2, litra a), har unionsborgere »ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område«.

4. Artikel 21, stk. 1, TEUF tilføjer, at denne ret udøves »med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaterne og i gennemførelsesbestemmelserne hertil«.

5. Artikel 45 TEUF sikrer arbejdskraftens frie bevægelighed, som forudsætter »afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«.

6. I henhold til artikel 56, stk. 1, TEUF »er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse«.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

7. Artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) har overskriften »Respekt for privatliv og familieliv« og bestemmer, at »[e]nhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv [...]«.

8. Artikel 51 definerer chartrets anvendelsesområde:

»1. Bestemmelserne i dette charter er rettet til [...] medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive kompetencer og under overholdelse af grænserne for de kompetencer, der er tildelt Unionen i traktaterne.

[...]«

Direktiv 2004/38/EF²

9. I første betragtning til direktiv 2004/38 gengives indholdet af artikel 21, stk. 1, TEUF. I tredje betragtning anføres, at når medlemsstaternes statsborgere udøver deres ret til fri bevægelighed og ophold, »[bør] [u]nionsborgerskab være udgangspunktet for [disse]«.

10. Det anføres i femte betragtning, at »[f]or at unionsborgerne kan udøve deres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område på objektive betingelser, der sikrer frihed og værdighed, bør denne ret også indrømmes familiemedlemmer uanset nationalitet [...]«.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT L 158, s. 77, og berigtigelse i EUT 2004 L 229, s. 35, og i EUT 2007 L 204, s. 28. Kun den førstnævnte berigtigelse er relevant for de relevante bestemmelser i de foreliggende sager).

11. I henhold til artikel 1, litra a), fastlægger direktiv 2004/38 bl.a. »betingelserne for udøvelse af retten til fri bevægelighed og ophold i medlemsstaterne for unionsborgere og deres familiemedlemmer«.

12. I direktiv 2004/38 forstås ved »unionsborger«: »enhver person, der er statsborger i en medlemsstat« (artikel 2, stk. 1), og ved »familiemedlem« forstås bl.a. en »ægtefælle« [artikel 2, stk. 2, litra a)] og »slægtninge i opstigende linje samt slægtninge i opstigende linje til ægtefællen [...] som forsørges af unionsborgeren« [artikel 2, stk. 2, litra d)]. Ved »værtsmedlemsstat« forstås: »den medlemsstat, hvortil unionsborgeren rejser med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed og ophold« (artikel 2, stk. 3).

13. Artikel 3, stk. 1, bestemmer, at direktiv 2004/38 finder anvendelse på »enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, samt familiemedlemmer som defineret i artikel 2, nr. 2), der ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne«.

14. Hvad angår andre familiemedlemmer, som opfylder betingelserne i artikel 3, stk. 2, litra a), og en partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning, fastslår artikel 3, stk. 2, at »[...] værtsmedlemsstaten [skal] lette indrejse og ophold for disse personer«.

15. Artikel 6, stk. 1, fastsætter, at unionsborgere har ret til at tage ophold på en anden medlemsstats område for en periode på højst tre måneder. Der gælder ikke andre betingelser eller formaliteter end kravet om, at de skal være i besiddelse af et gyldigt identitetskort eller pas. I henhold til artikel 6, stk. 2, finder de samme regler anvendelse »[...] på familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, og som ledsager eller slutter sig til en unionsborger, hvis de er i besiddelse af et gyldigt pas«.

16. En unionsborger og dennes familiemedlemmer (som ikke er statsborgere i en medlemsstat) har desuden ret til at opholde sig på værtsmedlemsstatens område i mere end tre måneder, hvis den pågældende unionsborger opfylder betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra a), b) eller c), nemlig: a) Den pågældende skal være arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten eller b) skal råde over tilstrækkelige midler til sig selv og sine familiemedlemmer og være omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, eller c) skal være studerende og råde over tilstrækkelige midler samt være omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici.

17. I henhold til artikel 16, stk. 1, skal man for at have adgang til ret til tidsubegrænset ophold lovligt have haft ophold fem år i træk i værtsmedlemsstaten.

18. I henhold til artikel 35 kan medlemsstaterne nægte, ophæve eller tilbagekalde rettigheder i henhold til direktiv 2004/38, når der er tale om misbrug af rettigheder eller om svig. Sådanne foranstaltninger skal stå i rimeligt forhold til misbruget og være omfattet af de proceduremæssige garantier i artikel 30 og 31.

Nederlandsk ret

19. Vreemdelingenwet 2000 (udlændingeloven af 2000, herefter »Vw 2000«) definerer »fællesskabsborgere« som statsborgere i medlemsstater og disses familiemedlemmer, der er tredjelandsskatsborgere, som er berettiget til at rejse ind i og tage ophold i en anden medlemsstat i henhold til (den nuværende) TEUF (for de førstnævntes vedkommende) eller en afgørelse truffet på grundlag af denne traktat (for de sidstnævntes vedkommende). Disse tredjelandsskatsborgere kan indhente et dokument eller en skriftlig erklæring fra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

(ministeren for immigration, integration og asyl) som bevis for lovligt ophold. Hvis ministeren har erklæret en tredjelandstatsborger »uønsket«, kan han på den berørte persons anmodning ophæve denne erklæring. De relevante betingelser er fastsat i Vreemdelingenbesluit (udlændingebekendtgørelsen), der gennemfører Vw 2000.

20. Der gives tidsbegrænset opholdstilladelse med begrænsninger i tilknytning til det formål, hvortil ophold tillades. Der kan desuden knyttes forskrifter til tilladelsen.

De faktiske omstændigheder

Sag C-456/12, O

O's sag

21. I oktober 2006 indgik O, en nigeriansk statsborger, ægteskab med referenceperson O i Frankrig. Han tog ophold i Spanien i 2007. O og referenceperson O har siden august 2009 været registreret på den samme bopæl dér. Et opholdsdokument, der er gyldigt indtil september 2014, bekræfter, at O er bosiddende i Spanien i sin egenskab af familiemedlem til en unionsborger.

22. Imidlertid vendte referenceperson O tilbage til Nederlandene to måneder efter at være ankommet til Spanien, fordi hun ikke kunne finde arbejde dér. Fra 2007 til april 2010 tilbragte hun dog regelmæssigt tid sammen med O i Spanien, primært i weekenden, og under disse besøg modtog hun tjenesteydelser dér. Siden den 1. juli 2010 har O været registreret som boende sammen med referenceperson O i Nederlandene.

23. Der er tilsyneladende intet, der tyder på, at referenceperson O i løbet af dette tidsrum lod sig udskrive af registeret i Nederlandene.

24. O ansøgte om et dokument, der godtgør lovligt ophold. Ministeren gav afslag på ansøgningen og afviste O's klage over denne afgørelse. O appellerede afgørelsen til Rechtbank 's-Gravenhage i Haag (herefter »Rechtbank«), som den 7. juli 2011 frifandt ministeren. Derefter appellerede O nævnte afgørelse til den forelæggende ret.

B's sag

25. B er marokkansk statsborger. I en årrække fra december 2002 levede han sammen med referenceperson B i Nederlandene. På det tidspunkt var de ikke gift. Tilsyneladende mødtes de, mens B ventede på svar på sin asylansøgning. Denne ansøgning blev afvist.

26. Efter at B var blevet idømt en fængselsstraf på to måneder for brug af et falsk pas, erklærede ministeren den 15. oktober 2005 B for uønsket. B flyttede derefter i januar 2006 til Retie (Belgien) og boede dér i en lejlighed, som referenceperson B lejede. Tilsyneladende boede referenceperson B oprindeligt i lejligheden alene, og B flyttede ind, da han var blevet løsladt fra fængslet. Referenceperson B var registreret som bosiddende i Retie med en opholdstilladelse gældende frem til den 18. maj 2011. Imidlertid kunne hun ikke finde arbejde i Belgien. Derfor beholdt hun sin bolig i Nederlandene og boede der på hverdage, mens hun arbejdede i Nederlandene, og tilbragte weekenden sammen med B i Belgien. I disse weekender modtog hun tjenesteydelser i Belgien. Selv om de havde haft planer om at gifte sig i Belgien, blev de først gift senere i Marokko.

27. I april 2007 flyttede B til Marokko, fordi han ikke kunne blive boende i Belgien, efter at de belgiske myndigheder havde opdaget, at han var blevet erklæret uønsket i Nederlandene. Den 31. juli 2007 indgik B og referenceperson B ægteskab i Marokko.

28. Efter anmodning fra B ophævede ministeren i marts 2009 erklæringen om, at han var uønsket. I juni 2009 vendte B tilbage til Nederlandene for at bo dér sammen med referenceperson B.

29. Den 30. oktober 2009 fik B afslag på sin ansøgning om et dokument til godtgørelse af lovligt ophold. I marts 2010 afviste ministeren både hans anke af dette afslag og hans klage over, at der var blevet indsat en sticker i hans pas med påtegning om, at han ikke havde arbejdstilladelse.

30. B appellerede begge afgørelser til Rechtbank, som ophævede disse og bestemte, at ministeren skulle træffe nye afgørelser vedrørende klagerne. I december 2010 udstedte ministeren en ny afgørelse med samme virkning som den tidligere og appellerede Rechtbanks afgørelse til den forelæggende ret.

Sag C-457/12, S

S' sag

31. S er ukrainsk statsborger. Hendes svigersøn, referenceperson S, har siden 2002 arbejdet for en arbejdsgiver i Nederlandene, som har erklæret, at referenceperson S bruger 30% af sin tid på at forberede og foretage forretningsrejser til Belgien. Referenceperson S rejser til Belgien mindst en dag om ugen og besøger desuden kunder og deltager i konferencer i andre medlemsstater. S har endvidere erklæret, at hun passer referenceperson S' søn (hendes barnebarn).

32. S ansøgte om et dokument, der godtgør lovligt ophold. Hendes ansøgning blev afslået i august 2009. Ministeren afviste hendes klage over afgørelsen. I juni 2010 frifandt Rechtbank ministeren. Derefter appellerede S nævnte afgørelse til den forelæggende ret.

G's sag

33. G er peruviansk statsborger. Hun indgik i 2009 ægteskab med referenceperson G i Peru. Referenceperson G bor i Nederlandene, men har arbejdet for en belgisk arbejdsgiver siden 2003. Han pendler dagligt til sit arbejde i Belgien.

34. G's ansøgning om et dokument, der godtgør lovligt ophold, blev afslået i december 2009. Hendes klage blev afvist af ministeren. I juni 2011 gav Rechtbank hende medhold i hendes appel og bestemte, at ministeren skulle træffe en ny afgørelse vedrørende klagen. Ministeren appellerede nævnte afgørelse til den forelæggende ret. G har over for denne ret erklæret, at hun og hendes ægtefælle har et barn (som er nederlandsk statsborger) og at et barn, som hun havde, inden hun indgik ægteskab med referenceperson G, også er en del af deres nye familie.

Retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

35. I sag C-456/12, O, har den forelæggende ret stillet følgende spørgsmål:

»I sagen [vedrørende B] og [sagen vedrørende O]:

- 1) Skal direktiv 2004/38 [...] med hensyn til betingelserne for retten til ophold for en unionsborgers familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, anvendes analogt, således som det var tilfældet i Den Europæiske Unions Domstols dom i sag C-370/90, Singh ^[3], og i sag C-291/05, Eind ^[4], når en unionsborger vender tilbage til den stat, hvor den pågældende er statsborger, efter i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF samt som modtager af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 56 TEUF at have opholdt sig i en anden medlemsstat?
- 2) Hvis ja, er det da et krav, at unionsborgerens ophold i en anden medlemsstat har haft en vis mindstevarighed, for – ved unionsborgerens tilbagevenden til den medlemsstat, i hvilken den pågældende har statsborgerskab – at unionsborgerens familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, har ret til ophold i denne medlemsstat?
- 3) Hvis ja, kan dette krav også opfyldes, såfremt der ikke er tale om et uafbrudt ophold, men ophold af en vis hyppighed såsom ugentlige ophold i weekenden eller regelmæssige besøg?

I sag[en] [vedrørende B]:

- 4) Fortabes den eventuelle ret for et familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, til ophold på grundlag af EU-retten som følge af den tid, der forløber fra unionsborgerens tilbagevenden til den medlemsstat, i hvilken den pågældende har statsborgerskab, til det tidspunkt, hvor familiemedlemmet, der er tredjelandstatsborger, under omstændigheder som de i denne sag foreliggende, slutter sig til denne unionsborger i denne medlemsstat?»

36. I sag C-457/12, S har den forelæggende ret stillet følgende spørgsmål:

»1) I sag[en] [vedrørende G]:

Kan en tredjelandstatsborger, der er familiemedlem til en unionsborger, der bor i den medlemsstat, i hvilken han er statsborger, men som arbejder i en anden medlemsstat for en dér hjemmehørende arbejdsgiver, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende udlede en ret til ophold på grundlag af EU-retten?

2) I sag[en] [vedrørende S]:

Kan en tredjelandstatsborger, der er familiemedlem til en unionsborger, der bor i den medlemsstat, i hvilken han er statsborger, men som i forbindelse med sit arbejde for en i samme medlemsstat hjemmehørende arbejdsgiver rejser frem og tilbage til en anden medlemsstat, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende udlede en ret til ophold på grundlag af EU-retten?»

37. Der er indgivet skriftlige indlæg af O, B, G, den belgiske, tjekkiske, danske, estiske, tyske og nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen. Under det fælles retsmøde, som blev afholdt den 25. juni 2013, afgav disse parter, med undtagelse af G, den belgiske og estiske regering og S, mundtlige indlæg.

3 — Dom af 7.7.1992, Sml. I, s. 4265.

4 — Dom af 11.12.2007, Sml. I, s. 10719.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

38. Immigrationsret hører i princippet under medlemsstaternes kompetenceområde. Medmindre det er en situation, hvor en statsborger i en medlemsstat (som via sit statsborgerskab også er unionsborger) har passeret grænsen til en anden medlemsstat, eller der er en reel sandsynlighed for, at han vil gøre det, udløses EU-rettighederne til fri bevægelighed og ophold i princippet ikke, og kun den nationale ret er gældende⁵.

39. I de foreliggende sager har alle EU-referencepersonerne imidlertid passeret en sådan grænse, selv om de var bosiddende i Nederlandene. De har passeret grænsen på grund af arbejde eller fornøjelse, de har (antagelig) udøvet den »passive« ret til at modtage tjenesteydelser dér; i nogle tilfælde er de blevet formelt registreret som bosiddende i en anden medlemsstat, samtidig med at de opretholdt en eller anden form for bopæl i den medlemsstat, hvor de er statsborgere (herefter »hjemlandet«). Medfører dette, at EU-retten er til hinder for, at deres hjemland kan afslå at indrømme deres familiemedlemmer (O, B, S og G) opholdsret? Og gør det nogen forskel, hvis referencepersonen og familiemedlemmet ikke vender tilbage til referencepersonens hjemland sammen?

40. Der er ingen tvivl om, at referencepersonerne selv nyder en ubetinget ret til ophold i deres hjemland i henhold til national ret⁶. Dette princip er til hinder for, at en medlemsstat »udviser sine statsborgere fra sit område eller nægter eller knytter betingelser til statsborgeres ophold på sit område«⁷. Imidlertid er statsborgeres indrejse og ophold i deres hjemland ligeledes underlagt EU-retten, for så vidt som den er nødvendig for at sikre den fuldstændige virkning af deres grundlæggende ret til fri bevægelighed og ophold i henhold til EU-retten⁸.

41. En afledt opholdsret, som O, B, S og G eventuelt måtte nyde i henhold til EU-retten, ville ikke være absolut, men underlagt de betingelser og begrænsninger, som er fastsat i EU-retten. Jeg skal derfor først beskæftige mig med opholdsretten og derefter se på de betingelser og begrænsninger, der er forbundet med udøvelsen heraf.

42. Domstolen har ikke fået forelagt noget materiale, der angiver, hvorvidt O, B, S og G eventuelt ville kunne gøre krav på opholdsret ifølge national ret, herunder nationale lovbestemmelser om beskyttelse af grundlæggende rettigheder, eller ifølge den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«). Der er intet i de faktiske omstændigheder, der tyder på, at nogen af de pågældende ægteskaber var proformaægteskaber, eller at der har været tale om svig eller misbrug af rettigheder. Under andre omstændigheder, hvor der var konstateret misbrug, ville det højst sandsynligt være unødigt at tage stilling til, hvorvidt det var berettiget at afvise en afledt opholdsret. Imidlertid udgør den omstændighed alene, at både O og referenceperson O og B og referenceperson B på et tidspunkt er flyttet til en anden medlemsstat, hvor de var sikret en mere gunstig behandling, ikke misbrug af rettigheder⁹.

5 — Det er naturligvis ikke alle borgerskabsrettigheder, der afhænger af, om en unionsborger har passeret grænser. Jf. f.eks. artikel 20, stk. 2, litra d), TEUF. Desuden er der særlige situationer, hvor en unionsborger, der ikke har passeret nogen grænser mellem medlemsstater, berøves den »effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som er tillagt« ved unionsborgerskabet, fordi der ikke gælder en afledt opholdsret for familiemedlemmer fra tredjelande. Jf. retspraksis i dommene i sagerne Ruiz Zambrano, McCarthy og Dereci, som gennemgås nedenfor i punkt 52-66.

6 — Dom af 5.5.2011, sag C-434/09, McCarthy, Sml. I, s. 3375, præmis 29 og 34 og den deri nævnte retspraksis.

7 — McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

8 — Jf. f.eks. Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 23, og Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 32.

9 — Jf. f.eks. dom af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607, præmis 55 og 56.

43. Jeg vil i dette forslag til afgørelse fokusere på spørgsmålet om, hvorvidt et afslag på at give lovligt ophold til tredjelandsstatsborgere som O, B, S og G udgør en begrænsning af deres referencepersoners ret til at færdes og opholde sig frit i medlemsstaterne. En sådan begrænsning kan i teorien være begrundet. Domstolen har dog ingen oplysninger, som kan sætte den i stand til at bedømme en sådan begrundelse.

44. Endelig vil jeg i dette forslag til afgørelse forsøge at give en sammenhængende redegørelse for de parametre, inden for hvilke der kan afledes opholdsrettigheder for familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, i en unionsborgers hjemland, når denne har udøvet retten til fri bevægelighed uden nødvendigvis at gøre (fuldt) brug af retten til ophold i en anden medlemsstat. En ad hoc-løsning, som ikke tydeligt angiver de relevante parametre, kan muligvis være en hjælp, når den nationale ret skal afgøre de fire enkeltsager, men den risikerer at øge den nuværende usikkerhed hos advokater og nationale forvaltninger med hensyn til, om EU-retten kan påberåbes (eller ikke), og medfører en risiko for, at de nationale retter vil vende tilbage igen og igen med præjudicielle forelæggelser for at få præciseret spørgsmålet yderligere.

Hvorfor der findes afledt opholdsret

45. I henhold til artikel 20, stk. 2, litra a), TEUF og artikel 21, stk. 1, TEUF har unionsborgere ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område. Selve kernen i denne ret er friheden til at vælge, hvorvidt man vil rejse til en anden medlemsstat og/eller tage ophold dér. Foranstaltninger, der udgør en begrænsning af dette valg, er i strid med disse bestemmelser, medmindre de er begrundet.

46. At familiemedlemmer til disse unionsborgere bør nyde afledte opholdsrettigheder, er et begreb, der blev udviklet i forbindelse med de økonomiske friheder, navnlig den frie bevægelighed for vandrende arbejdstagere. Arbejdstagere er mennesker og ikke maskiner. De bør ikke være nødsaget til at efterlade en ægtefælle eller andre familiemedlemmer, især hvis de forsørges af dem, når de bliver vandrende arbejdstagere i en anden medlemsstat¹⁰. Hvis de ikke kan tage deres familie med, når de rejser, kan det afholde dem fra at udøve denne ret til fri bevægelighed. Det vil også fremme en arbejdstagers integration i værtslandet, hvis familien er der, og derfor bidrage til en vellykket fri bevægelighed¹¹.

47. Med indførelsen af unionsborgerskabet i Maastrichttraktaten fik medlemsstaternes statsborgere ret til at færdes og opholde sig frit i andre medlemsstater uafhængigt af de økonomiske friheder og hermed af udøvelsen af økonomisk aktivitet¹². Ligesom det er tilfældet med vandrende arbejdstagere, kan effektiviteten af unionsborgeres ret til fri bevægelighed og ophold afhænge af, hvorvidt visse familiemedlemmer, på grundlag af EU-retten, har ret til at slutte sig til dem eller ledsage dem til det land, de er rejst til eller opholder sig i. Som Domstolen udtalte for nylig, »[baserer d]isse afledte rettigheders formål og begrundelse [...] sig på den konstatering, at afslaget på at anerkende disse rettigheder kan gribe ind i unionsborgerens frie bevægelighed, idet han afholdes fra at udøve sine rettigheder med hensyn til indrejse og ophold i værtsmedlemsstaten«¹³.

10 — Jf. f.eks. femte betragtning til Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467) og sjette betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen (EUT L 141, s. 1).

11 — Jf. f.eks. dom af 17.4.1986, sag 59/85, Reed, Sml. s. 1283, præmis 28 (hvor Domstolen fremførte dette argument vedrørende en samboende partners tilstedeværelse).

12 — Jf. f.eks. dom af 17.9.2002, sag C-413/99, Baumbast og R, Sml. I, s. 7091, præmis 83.

13 — Dom af 8.5.2013, sag C-87/12, Ymeraga og Ymeraga-Tafarshiku, EU:C:2013:291, præmis 35, og af 10.10.2013, sag C-86/12, Alokpa og Mouloudou, EU:C:2013:645, præmis 22.

48. I henhold til direktiv 2004/38 kræves det ikke længere, at der kan påvises en mulig virkning for unionsborgeren, hvis familiemedlemmer nægtes opholdstilladelse, for at der gælder en afledt opholdsret¹⁴. Begrundelsen for at indrømme afledte opholdsrettigheder afspejles imidlertid i den omstændighed, at disse rettigheder kun kan indrømmes automatisk til en udvalgt gruppe af familiemedlemmer, hvis mulighed for at slutte sig til eller ledsage unionsborgeren af lovgiveren antages at påvirke hans beslutning om, og således udøvelsen af hans ret til, at rejse til en anden medlemsstat. Derfor sondres der i direktiv 2004/38 mellem kernefamilien og andre familiemedlemmer. Kernefamilien består af unionsborgeren, hans/hendes ægtefælle eller registrerede partner og deres direkte efterkommere, som ikke er fyldt 21 år. Disse familiemedlemmer har automatisk afledt opholdsret. For at direkte efterkommere, som er fyldt 21 år, og unionsborgere (eller deres ægtefællers eller registrerede partners) familiemedlemmer i direkte opstigende linje kan gøre krav på afledt opholdsret, gælder imidlertid den betingelse, at de forsørges af unionsborgeren. I forbindelse med direktiv 2004/38 forekommer det mig, at afhængighed eller forsørgelse er blevet fortolket snævert, dvs. med fokus på, hvorvidt en unionsborger i materiel henseende forsørger disse familiemedlemmer¹⁵. Samtidig med at denne form for afhængighed utvivlsomt er en pålidelig indikator for, hvorvidt det udgør et indgreb i udøvelsen af retten til fri bevægelighed og ophold, hvis familiemedlemmer nægtes opholdstilladelse, har Domstolen – *uden* relation til direktiv 2004/38 – tilkendegivet, at afhængighed også kan måles med indikatorer for juridiske eller følelsesmæssige bånd, eller at det kan være relevant, at en unionsborger er afhængig af et familiemedlem, der er tredjelandstatsborger (»omvendt afhængighed«)¹⁶.

Hvad afføder afledte opholdsrettigheder

49. På EU-rettens nuværende udviklingstrin kan afledte opholdsrettigheder i princippet kun eksistere, hvor de er nødvendige for at sikre, at unionsborgere effektivt kan udøve deres ret til fri bevægelighed og ophold. Det første spørgsmål, der skal besvares, er derfor, hvorvidt en bestemt unionsborger har udøvet eller udøver disse rettigheder. I bekræftende fald er det andet spørgsmål, hvorvidt det vil begrænse udøvelsen af disse rettigheder, hvis unionsborgerens familiemedlemmer nægtes opholdstilladelse (hvis der ikke er en begrænsning, er der ingen grund til at indrømme afledt opholdsret). Den forelæggende ret ønsker derfor nærmere bestemt oplyst, hvorvidt det er nødvendigt at tage hensyn til arten og omfanget af en unionsborgers udøvelse af sin ret til fri bevægelighed og ophold, før det andet spørgsmål undersøges.

50. I henhold til fast retspraksis kan bestemmelserne om fri bevægelighed ikke finde anvendelse på tilfælde, som ikke har nogen egentlig tilknytning til de forhold, EU-retten gælder for¹⁷. En rent hypotetisk udsigt til at udøve denne ret eller til, at den hindres, er ikke tilstrækkeligt til at skabe den nødvendige tilknytning¹⁸.

51. I de foreliggende sager har referenceperson O, B, S og G alle udøvet retten til fri bevægelighed og/eller ophold i artikel 21 TEUF's forstand. Disse tilfælde vedrører derfor ikke rent interne situationer, som falder uden for EU-rettens anvendelsesområde. Dette er tilstrækkeligt til, at EU-retten finder anvendelse, men det fører ikke automatisk til den konklusion, at O, B, S og G i medfør af EU-retten kan gøre krav på lovligt ophold i Nederlandene.

14 — Jf. f.eks. sjette betragtning til direktiv 2004/38.

15 — Dom af 9.1.2007, sag C-1/05, Jia, Sml. I, s. 1, præmis 35 og 37 og den deri nævnte retspraksis. Jf. desuden f.eks. dom af 5.9.2012, sag C-83/11, Rahman m.fl., EU:C:2012:519, præmis 32, 33 og 35, og dommen i sagen Alokpa m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 25 og den deri nævnte praksis.

16 — Jf. dom af 6.12.2012, forenede sager C-356/11 og C-357/11, O. og S., EU:C:2012:776, præmis 56. I dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279, fandt Domstolen det tilsyneladende relevant, at Peter Carpenter var afhængig af sin hustru, fordi hun passede hans børn. Jf. desuden punkt 113-117 nedenfor.

17 — Jf. f.eks. dom af 5.6.1997, forenede sager C-64/96 og C-65/96, Uecker og Jacquet, Sml. I, s. 3171, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Dom af 8.11.2012, sag C-40/11, Iida, EU:C:2012:691, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis.

52. Netop fordi der har været tale om bevægelse over grænser, adskiller de omstændigheder, der ligger til grund for disse sager, sig fra Ruiz Zambrano-sagen, McCarthy-sagen og sagen Dereci m.fl., hvor Domstolen fastslog, at der undtagelsesvis kan foreligge en tilknytning til EU-retten og et grundlag for afledt opholdsret i medfør af artikel 20 TEUF, uden at retten til fri bevægelighed i forhold til en anden medlemsstat eller til at tage ophold dér (værtsmedlemsstaten) er blevet udnyttet, hvis en national foranstaltning ville medføre, at unionsborgere (herunder en medlemsstats egne statsborgere) er nødsaget til at forlade Den Europæiske Unions område¹⁹. I Iida-dommen, der drejede sig om to tyske statsborgere, der var flyttet til Østrig, og en japansk statsborger, der havde søgt om opholdstilladelse i Tyskland, fastslog Domstolen, at denne test ikke var begrænset til situationer, som ellers ville blive klassificeret som helt interne²⁰.

53. I Ruiz Zambrano-dommen medgav Domstolen, at hvis faderen blev nægtet ophold, ville det have den virkning, at hans mindreårige børn »reelt [blev frataget] den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som de er tildelt ved deres status som unionsborgere«²¹. Det ville navnlig medføre, at de skulle forlade Den Europæiske Unions område²².

54. I McCarthy-dommen drog Domstolen den modsatte konklusion med hensyn til Shirley McCarthys jamaicanske mand. Shirley McCarthy havde både britisk og irsk statsborgerskab og havde boet i Det Forenede Kongerige i hele sit liv. Hun havde aldrig været i Irland eller udøvet sin ret til fri bevægelighed andre steder i Den Europæiske Union. Hun havde først søgt om det irske pas, som hun havde ret til, efter at hun var blevet gift med en jamaicansk statsborger i Det Forenede Kongerige. Hun gjorde heller ikke gældende at være arbejdstager, selvstændig erhvervsdrivende eller selvforsørgende. Hendes mand fik afslag på ophold i Det Forenede Kongerige som ægtefælle til en unionsborger med statsborgerskab i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige²³.

55. I dommen i sagen Dereci m.fl. præciserede Domstolen, at når en borger fratages kerneindholdet i unionsborgerskabet, svarer det til den situation, »som er kendetegnet ved, at unionsborgeren reelt er nødsaget til at forlade ikke blot den medlemsstat, hvor han er statsborger, men også Unionen som helhed«²⁴. Denne situation blev af Domstolen beskrevet som en undtagelse²⁵. Domstolen uddybede ikke, hvilke omstændigheder der kunne nødsage en unionsborger til at forlade Den Europæiske Unions område, selv om den fastslog, at »den omstændighed alene, at det for en statsborger i en medlemsstat, af økonomiske årsager eller for at bevare familieenheden på Unionens område, måtte forekomme ønskværdigt« at få opholdsret, ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at konkludere, at unionsborgeren måtte forlade Unionens område, hvis han ikke blev meddelt en sådan ret²⁶. Faktorer som disse viser ikke, at afslag på ophold vil resultere i tab af en rettighed som unionsborger, dvs. retten til at opholde sig på Den Europæiske Unions område.

19 — Dette er tilsyneladende den kumulative virkning af dommen af 8.3.2011, sag C-34/09, Ruiz Zambrano, Sml. I, s. 1177, præmis 43 og 44, McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 46 og 47 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 15.11.2011, sag C-256/11, Dereci m.fl., Sml. I, s. 11315, præmis 66.

20 — Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 76. For at nå frem til denne konklusion havde Domstolen bemærket, at Yoshikazu Iida ikke søgte om opholdsret sammen med sin ægtefælle og datter i værtsmedlemsstaten (Østrig), men i deres hjemstat (Tyskland), at de to unionsborgere ikke var blevet afholdt fra at udøve deres ret til fri bevægelighed, og at Yoshikazu Iida under alle omstændigheder selv havde visse opholdsrettigheder i medfør af både national ret og EU-retten (jf. præmis 73-75).

21 — Ruiz Zambrano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis. Domstolen accepterede således, at den colombianske statsborger, Gerardo Ruiz Zambrano, kunne bo i den medlemsstat, hvor hans mindreårige børn, som var unionsborgere (men aldrig havde forladt den medlemsstat, hvor de var født) og blev forsørgt af ham, var statsborgere og bosiddende.

22 — Ruiz Zambrano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 44. Grundlæggende rettigheder blev ikke nævnt i denne henseende. Der blev heller ikke givet nogen begrundelse for denne konklusion.

23 — McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6. Selv om der ikke er tvivl om, at Shirley McCarthy selv kunne forblive i Det Forenede Kongerige i kraft af sit statsborgerskab, og at hun ikke blev frataget retten til fri bevægelighed ifølge EU-retten, fordi hendes mand blev frataget afledte rettigheder som familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, står det ikke på samme måde klart, hvorvidt Domstolen tog hensyn til de detaljerede konsekvenser. Måske var svaret kort og godt: »EU-retten kan ikke hjælpe. Prøv EMRK«.

24 — Dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 66. Murat Dereci var en tyrkisk statsborger, hvis hustru og børn var østrigere og altid havde boet i Østrig, hvor han gerne ville leve sammen med dem.

25 — Dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 67. Jf. desuden Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 71.

26 — Dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 68.

56. Domstolen kunne dog ikke udelukke den mulighed, hvis der ses bort fra artikel 20 TEUF og 21 TEUF, at en national ret kan kræve, at der indrømmes opholdsret på grundlag af chartrets artikel 7 (for situationer, der ikke er omfattet af EU-retten anvendelsesområde) eller EMRK's artikel 8, stk. 1 (for andre situationer)²⁷. Når en tredjelandstatsborger med familieband til en unionsborger ikke kan udlede en opholdsret af EU-retten, kunne en national ret alligevel i en situation, der er omfattet af EU-retten, konkludere, at retten til respekt for familielivet kræver, at han indrømmes opholdsret.

57. Jeg finder denne passus forvirrende, da den kan fortolkes således, at Domstolen her anerkendte tre forskellige EU-retsgrundlag: retten til respekt for privatliv og familieliv (chartrets artikel 7), retten til fri bevægelighed og ophold (artikel 21, stk. 1, TEUF) og fratagelse af den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som er tillagt ved statussen som unionsborger (artikel 20 TEUF). I situationer, som ikke er omfattet af EU-retten anvendelsesområde, kan retten til respekt for privatliv og familieliv i medfør af EMRK's artikel 8 muligvis udgøre endnu et grundlag for en opholdsret.

58. Hvis det var dette, Domstolen havde til hensigt, mangler den stadig at afgøre, hvorvidt man anvender det samme kriterium til at afgøre, både hvorvidt EU-retten (og altså også chartret) finder anvendelse, og hvorvidt en foranstaltning, der medfører afslag på ophold, er i strid med artikel 20 TEUF eller 21 TEUF²⁸.

59. Jeg mener imidlertid, at der er en anden måde at gribe sagen an på.

60. Chartret finder kun anvendelse, hvis EU-retten finder anvendelse²⁹. Chartret finder således ikke anvendelse på interne situationer som f.eks. Shirley McCarthys, hvor en unionsborger hverken forhindres i at udøve retten til fri bevægelighed og ophold i henhold til EU-retten eller af den nationale foranstaltning fratages den særlige kernerettighed som unionsborger til at opholde sig på Unionens område. I disse situationer er det tydeligt – i hvert fald på nuværende tidspunkt – at chartret ikke indrømmer »selvstændige« grundlæggende rettigheder – dvs. rettigheder, som ikke har noget tilknytningspunkt til det, der hører under Unionens kompetenceområde – som derefter kan anvendes til at kræve, at en national ret lader en national foranstaltning, som er ufordelagtig for en unionsborger, der forsøger at indrette sit familieliv, som han ønsker, ude af betragtning.

61. Hvis det ikke er muligt at identificere en relevant EU-retlig bestemmelse, kan chartret altså ikke bruges. Sagt på en lidt anden måde er man nødt til at betragte en retlig situation på baggrund af chartret, hvis – *men kun hvis* – en EU-retlig bestemmelse pålægger medlemsstaten en positiv eller negativ forpligtelse (uanset om denne forpligtelse følger af traktaterne eller af afledt EU-ret)³⁰.

62. For så vidt som en bestemt situation vedrørende unionsborgere eventuelt falder ind under EU-retten anvendelsesområde, skal fortolkningen af alle EU-retlige bestemmelser, der indrømmer disse borgere rettigheder (og som således pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at respektere disse rettigheder) altid være i overensstemmelse med relevante rettigheder ifølge chartret³¹, herunder retten til respekt for privatliv og familieliv, som er sikret ved chartrets artikel 7. Det betyder, at en

27 — Dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 72.

28 — I Iida-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 80) anvendte Domstolen tilsyneladende et lidt andet kriterium (nemlig hvorvidt Yoshikazu Iida var berettiget til et særligt gode i henhold til EU-retten (et opholdskort)) til at afgøre, hvorvidt anvendelsen af en national lov til gennemførelse af EU-retten kunne bringes inden for EU-retten anvendelsesområde.

29 — Chartrets artikel 5. Jf. også dom af 26.2.2013, sag C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, præmis 20 og 21. Senest stadfæstet i dom af 26.9.2013, sag C-418/11, Texdata Software, EU:C:2013:588, præmis 73.

30 — Jf. i denne henseende mit forslag til afgørelse i sag C-390/12, Pfleger m.fl., der verserer for Domstolen, punkt 35-47, som støtter sig til det materiale, der indgår i Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder (EUT 2007 C 303, s. 17). I henhold til chartrets artikel 52, stk. 7, skal Unionens og medlemsstaternes domstole tage »behørigt hensyn« til disse forklaringer. I forbindelse med unionsborgerskabet kunne et eksempel på en negativ forpligtelse være, hvis en medlemsstat påberåbte sig den offentlige orden som grund til at forhindre en unionsborger, som var statsborger i en anden medlemsstat, i at komme ind på dens område. Her er medlemsstatens handlefrihed begrænset af de EU-retlige krav, som den skal overholde. For en mere vidtrækkende drøftelse henvises til punkt 151-177 i mit forslag til afgørelse i Ruiz Zambrano-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 19.

31 — Jf. f.eks. Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis.

bestemmelse som artikel 20 TEUF eller 21 TEUF ikke blot er et grundlag for opholdsret, som er adskilt fra chartrets artikel 7. Substansen af de rettigheder, der er knyttet til unionsborgerskabet, bærer tværtimod tydeligt præg af hensyn vedrørende udøvelsen af retten til et familieliv. Borgerskabsrettighederne i henhold til artikel 20 TEUF eller 21 TEUF skal således fortolkes på en måde, der sikrer, at deres materielle indhold er i overensstemmelse med chartret. Dette er en anden proces end spørgsmålet om, hvorvidt en begrundelse, som er fremført for en begrænsning af rettigheder i tilknytning til unionsborgerskabet, *når disse er udløst*, er i overensstemmelse med chartret³².

63. Denne tilgang »udvider« ikke EU-rettens anvendelsesområde og tilsidesætter derfor ikke adskillelsen af beføjelser mellem Unionen og de medlemsstater, den består af. Den respekterer blot det overordnede princip, at der i en Union, som er baseret på retsstatsprincippet, tages hensyn til den samlede relevante lovgivning (herunder naturligvis relevant primærret i form af chartret), når en bestemmelse i denne retsorden fortolkes. Set i dette lys er det ikke mere »indgribende« eller »udtryk for manglende respekt for medlemsstaternes kompetence« at tage behørigt hensyn til chartret, end det er at fortolke princippet om frie varebevægelser korrekt.

64. Desuden skal EU-retten, hvis chartret finder anvendelse, og hvor rettigheder fastsat i chartret svarer til rettigheder, som allerede er omfattet af EMRK, fortolkes under hensyntagen til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) praksis³³. Chartrets artikel 7 om beskyttelse af familielivet er en sådan artikel, og der er rigelig retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen, som præciserer, hvordan den tilsvarende artikel i EMRK (EMRK's artikel 8) skal fortolkes.

65. Følgelig bør det ikke have nogen betydning, om der tages stilling til, hvorvidt anvendelsen af en bestemt national foranstaltning vil medføre krænkelse af chartrets artikel 7 eller EMRK's artikel 8. Den anvendte standard er pr. definition den samme (uanset om den anvendes af en national ret, Domstolen eller Menneskerettighedsdomstolen). Derfor bør det ikke være muligt at drage forskellige konklusioner, alt efter hvilken bestemmelse der påberåbes (jeg vil i denne sammenhæng se bort fra den tredje af de tre kilder til beskyttelse af grundlæggende rettigheder, nemlig national forfatningsret, der selvfølgelig også kan være relevant).

66. I forbindelse med en præjudiciel forelæggelse er det naturligvis nødvendigt, at Domstolen giver den nationale ret klare retningslinjer om de omstændigheder, hvorunder en EU-rettighed, fortolket i overensstemmelse med chartret, udløses. På samme måde vil det tilkomme den nationale ret – som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder – at foretage den nødvendige detaljerede vurdering af disse omstændigheder og på grundlag af Domstolens vejledning afgøre, hvorvidt EU-retten, fortolket på denne måde, er til hinder for anvendelsen af den nationale foranstaltning. Herved vil den nationale ret udføre den samme opgave i forbindelse med påstanden om, at »mine grundlæggende rettigheder ellers vil blive krænkede«, som den normalt udfører, når den tager stilling til en lignende påstand i henhold til EMRK på baggrund af Menneskerettighedsdomstolens praksis.

32 — Jf. f.eks. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis.

33 — Chartrets artikel 52, stk. 3, fastsætter: »I det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved [EMRK], har de samme betydning og omfang som i [EMRK].« Dog er artikel 52, stk. 3, »ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse«.

Anvendeligheden af direktiv 2004/38

67. Direktiv 2004/38 gennemfører artikel 21, stk. 1, TEUF. Det tilsigter at lette og styrke udøvelsen af den grundlæggende og personlige ret til fri bevægelighed og ophold³⁴. I henhold til fast retspraksis kan bestemmelserne i denne afledte ret ikke fortolkes restriktivt³⁵ og »bør under alle omstændigheder ikke fratages deres effektive virkning«³⁶.

68. Kun en berettiget person i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3 i direktiv 2004/38, kan udlede ret til fri bevægelighed og ophold i medfør af dette direktiv. En berettiget person kan være en unionsborger eller et familiemedlem som defineret i artikel 2, stk. 2³⁷.

69. Mens direktiv 2004/38 finder anvendelse på fastlagte kategorier af familiemedlemmer til en unionsborger, og uanset om de forudgående har opholdt sig lovligt i en anden medlemsstat³⁸, eller om de overhovedet har opholdt sig i en medlemsstat³⁹, er deres rettigheder imidlertid erhvervet i kraft af deres egenskab af familiemedlemmer til den pågældende unionsborger⁴⁰. I denne forstand er de automatiske⁴¹. Derfor skal den unionsborger, som de har familiemæssige bånd til, først være omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv.

70. Det er ubestridt, at O, B, S og G er familiemedlemmer som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra a) og d), i direktiv 2004/38. Denne omstændighed er tilstrækkelig i sig selv, og for at det kan fastslås, at de vil have afledt opholdsret, hvis direktiv 2004/38 finder anvendelse, er det ikke nødvendigt at bevise, at det ellers ville have en begrænsende virkning på unionsborgerens ret til fri bevægelighed og ophold⁴². Problemet ligger et andet sted.

71. Artikel 3, stk. 1, finder anvendelse på alle unionsborgere, »der rejser til *eller* tager ophold i« en anden medlemsstat end den, hvor de pågældende er statsborgere⁴³. For at kunne tage ophold i en medlemsstat er en unionsborger, som ikke er født i denne stat, normalt nødt til at rejse dertil⁴⁴. Derimod er det muligt at rejse til en medlemsstat uden at tage ophold der. I det tilfælde udøver unionsborgeren kun sin ret til fri bevægelighed og ikke retten til ophold. Herved vil alene de bestemmelser i direktiv 2004/38, der vedrører ud- og indrejse, finde anvendelse. I princippet kan tredjelandsstatsborgere ikke på grundlag af EU-retten udlede en ret til at opholde sig i en medlemsstat, hvis deres familiemedlem, som er unionsborger, ikke selv gør krav på opholdsret og ikke tager ophold dér⁴⁵. Der er således et element af parallelitet mellem en unionsborgers rettigheder og dennes familiemedlemmers afledte rettigheder.

34 — McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis.

35 — Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Dom af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241, præmis 84 (hvori der henvises til Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 43).

37 — Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38.

38 — Dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 54, 58, 70 og 80. I dommen i sagen Metock m.fl. tog Domstolen sit standpunkt i Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, op til fornyet overvejelse (jf. præmis 58). Dommen i sagen Metock m.fl. blev afsagt, efter at B havde besluttet at flytte til Marokko, men under alle omstændigheder var B og referenceperson B ikke gift på det tidspunkt. Jf. punkt 27 ovenfor.

39 — Dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 49.

40 — Dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 55 og, hvad angår ægtefæller, McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

41 — Jf. desuden punkt 48 ovenfor.

42 — Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 57. Jf. desuden punkt 48 ovenfor.

43 — Min fremhævelse.

44 — Man kan også være født i medlemsstat A uden nogensinde at forlade den, men alligevel aldrig have andet statsborgerskab end i medlemsstat B (dette var f.eks. tilfældet for Catherine Zhu i dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925, men den situation er ikke almindelig).

45 — Jf. f.eks. Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 64.

72. Tredjelandssstatsborgere kan kun gøre krav på denne rettighed i værtsmedlemsstaten, når de ledsager eller slutter sig til den unionsborger, som udøver retten til at tage ophold på dette lands område i overensstemmelse med betingelserne i artikel 6, stk. 1, artikel 7, stk. 1, eller artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38⁴⁶.

73. Artikel 3, stk. 1, sonderer ikke efter formålet med udøvelsen af retten til fri bevægelighed og ophold, selv om betingelserne, hvorunder retten til ophold i mere end tre måneder kan udøves, varierer afhængigt af, om unionsborgeren er vandrende arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller ikke⁴⁷. Selve formålet med direktiv 2004/38 var netop at rette op på den tidligere fragmentariske tilgang til disse rettigheder, samtidig med at der blev bevaret visse fordele for de unionsborgere, som udøver erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat⁴⁸.

74. Ikke desto mindre afgrænser ordlyden af artikel 3, stk. 1, anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 med den retning, hvori unionsborgere rejser, nemlig til en anden medlemsstat end den, hvor de er statsborgere⁴⁹.

75. I princippet kan unionsborgere, som altid har opholdt sig i deres hjemland og aldrig udøvet retten til fri bevægelighed, således ikke være berettigede personer som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38⁵⁰. Følgelig kan deres familiemedlemmer heller ikke være det.

76. Ingen af referencepersonerne i de foreliggende sager er i denne situation. De har alle udøvet i det mindste en form for ret til fri bevægelighed.

77. Overordnet set kan unionsborgere rejse i tre retninger inden for Den Europæiske Union: i) mellem to medlemsstater, som de ikke er statsborgere i, ii) fra deres hjemland til en anden medlemsstat og iii) fra en anden medlemsstat tilbage til deres hjemland. De kan naturligvis rejse flere gange og i forskellige retninger⁵¹.

78. Det står klart, at direktiv 2004/38 finder anvendelse på i) og ii). Under disse omstændigheder har en tredjelandssstatsborger, som er familiemedlem til unionsborgeren (der har rejst i den ene eller anden retning), ret til at ledsage eller slutte sig til unionsborgeren⁵².

79. Det finder imidlertid ikke anvendelse på bevægelse iii). Selv om det er min faste overbevisning, at en unionsborger (og eventuelle familiemedlemmer, der er tredjelandssstatsborgere), som har gjort brug af beskyttelsen i henhold til direktiv 2004/38, ikke bør miste denne beskyttelse, når de rejser anden gang⁵³, ville den modsatte konklusion med hensyn til anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 indebære, at den del af artikel 3, stk. 1, der lyder »en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger«, skulle slettes.

80. Jeg skal tilføje, at hvis det havde været lovgivers hensigt at dække bevægelse iii), skulle direktivet have indeholdt detaljerede bestemmelser om denne situation. Det gør det ikke.

46 — Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis. I præmis 51 (og den deri nævnte retspraksis) fastslog Domstolen, at afledte rettigheder til indrejse og ophold afhænger af, hvorvidt en unionsborger »har udøvet sin ret til fri bevægelighed ved at bosætte sig i en anden medlemsstat end den medlemsstat, hvor han er statsborger«.

47 — Jf. artikel 7, stk. 1, og artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

48 — Jf. 4. og 19. betragtning til direktiv 2004/38.

49 — Jeg mener ikke, at der er grundlag for at konkludere, at ophavsmændene til trods for ordlyden af artikel 3, stk. 1, ønskede at udvide anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 ved i andre bestemmelser at henvise til »værtsmedlemsstaten« eller »en anden medlemsstat«.

50 — Jf. McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 39, og dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 54.

51 — Der kan være mere specielle omstændigheder, f.eks. unionsborgere med dobbelt statsborgerskab, som rejser mellem de medlemsstater, hvor de er statsborgere.

52 — Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis.

53 — Jf. punkt 95 nedenfor.

81. I McCarthy-dommen udtalte Domstolen næsten det samme, da den fastslog, at »direktiv 2004/38 [...] ikke [kan] finde anvendelse på en unionsborger, som nyder en ubetinget ret til ophold som følge af den omstændighed, at vedkommende opholder sig i den medlemsstat, hvor han er statsborger«⁵⁴. I Iida-sagen var generaladvokat Trstenjak af den opfattelse, at »den foreliggende sag om en tredjelandstatsborgers opholdsret i en unionsborgers oprindelsesmedlemsstat slet ikke [var] omfattet af direktiv 2004/38«⁵⁵, selv om hun tilsyneladende ikke helt udelukker muligheden af, at svaret kunne være et andet under andre omstændigheder⁵⁶.

82. Det er korrekt, at Domstolen i Singh-dommen⁵⁷ fastslog, at familiemedlemmer til en vandrende arbejdstager, der vender tilbage til sit hjemland, har afledte opholdsrettigheder på grundlag af EØF-traktatens artikel 52 (nu artikel 59 TEUF) og direktiv 73/148⁵⁸ (ophævet og erstattet af direktiv 2004/38⁵⁹). I lighed med direktiv 2004/38 omhandlede direktiv 73/148 heller ikke den omstændighed, hvor en person vender tilbage til sin medlemsstat, og tilsyneladende tog Domstolens begrundelse alene udgangspunkt i traktatens bestemmelser og ikke i direktivet. Denne beslutning er efter min opfattelse af særlig betydning for analysen af artikel 21 TEUF⁶⁰.

83. Eftersom direktiv 2004/38 ikke finder anvendelse, skal O's, B's, S' og G's og deres referencepersoners stilling vurderes på grundlag af traktaterne. Hvis resultatet af denne analyse er, at der skal være afledte rettigheder for familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, for at unionsborgere kan gøre effektivt brug af retten til fri bevægelighed i medfør af artikel 21 TEUF, vil en passende løsning være, at der i hjemlandet gælder de mindstekrav med hensyn til behandlingen, som i henhold til direktiv 2004/38 er sikret i værtsmedlemsstater⁶¹.

Artikel 21 TEUF

Afledte opholdsrettigheder i hjemlandet

84. I henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF (og på de betingelser, der er fastsat i gennemførelsesbestemmelserne hertil) skal medlemsstaterne give unionsborgere, som ikke er statsborgere i disse stater, mulighed for at rejse til og tage ophold på deres område sammen med deres ægtefæller og muligvis visse andre familiemedlemmer, som ikke er unionsborgere.

85. I de foreliggende sager *afslår* Nederlandene i alt væsentligt at indrømme tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til *nederlandske statsborgere* opholdsret på grundlag af EU-retten under omstændigheder, hvor landet på grundlag af EU-retten i princippet er *forpligtet* til at give disse rettigheder til tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til *unionsborgere, der er statsborgere i andre medlemsstater*.

86. Det er besynderligt, at en medlemsstat vil behandle sine egne statsborgere mindre gunstigt end andre unionsborgere (som, bortset fra deres statsborgerskab, kan tænkes at være i den samme eller en lignende situation). Det er også besynderligt, at en medlemsstat ved at nægte ophold kan risikere de facto at »udvise« egne statsborgere, fordi den tvinger dem til enten at flytte til en anden medlemsstat, hvor EU-retten garanterer, at de kan tage ophold med deres familiemedlemmer, eller til helt at forlade

54 — McCarthy-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 34 og 37. Jf. desuden punkt 28 og 29 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse.

55 — Generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i Iida-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 18, navnlig punkt 48 og 54.

56 — Jf. f.eks. punkt 47 i generaladvokatens forslag til afgørelse i Iida-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

57 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

58 — Rådets direktiv 73/148/EØF af 21.5.1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsninger inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenester (EFT L 172, s. 14).

59 — Jf. artikel 38, stk. 2, i direktiv 2004/38.

60 — Jf. punkt 91-96 nedenfor.

61 — Jf. punkt 91-97 og 110-111 nedenfor.

Den Europæiske Union. En sådan foranstaltning passer dårligt sammen med den solidaritet, som formodes at ligge til grund for forholdet mellem en medlemsstat og dens egne statsborgere. Den er også vanskelig at forene med det princip om loyalt samarbejde, som efter min opfattelse gælder for samarbejdet mellem medlemsstaterne såvel som for samarbejdet mellem medlemsstaterne og Unionen⁶².

87. Ikke desto mindre viser de skriftlige og mundtlige indlæg i de foreliggende sager, at et betydeligt antal medlemsstater ikke mener, at EU-retten er til hinder for, at de gør lige netop dette.

88. En enkel reaktion på dette argument vil være, at medlemsstaterne i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF ikke må begrænse unionsborgernes ret til at færdes og opholde sig frit på Den Europæiske Unions område. Eller, som generaladvokat Jacobs udtrykker det, kan der »med forbehold af de begrænsninger, der fremgår af selve [denne artikel], ikke pålægges [...] nogen ubegrundet byrde«⁶³.

89. Det samme princip gælder for unionsborgere, der gifter sig med en tredjelandsstatsborger og ønsker at gøre brug af retten til fri bevægelighed. Et sådant par vil ofte (måske som regel) gerne gøre brug af retten til et familieliv sammen med hinanden. Hvis de forhindres i at leve sammen i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger (som denne vender tilbage til efter at have været i en anden medlemsstat, eller hvorfra den pågældende udøver retten til fri bevægelighed), må de enten undlade at leve sammen eller flytte til et andet land. De kan flytte til et land uden for Den Europæiske Union, hvor de har lov til at bo sammen, eller de kan flytte til en anden EU-medlemsstat og påberåbe sig direktiv 2004/38. I det første tilfælde fratages unionsborgeren reelt set sit unionsborgerskab, da denne status kun har begrænset betydning uden for Den Europæiske Union⁶⁴. I det andet tilfælde kan man sige, at en sådan foranstaltning fører til yderligere flytning. Selv om et af formålene med artikel 21, stk. 1, TEUF højst sandsynligt er at lette fri bevægelighed, har bestemmelsen imidlertid ikke til formål at gennemtvinge fri bevægelighed. Unionsborgere er garanteret retten til at færdes og opholde sig *frit* i Den Europæiske Union. Hvis det er sandsynligt, at en foranstaltning vil påvirke unionsborgerens valgfrihed med hensyn til at udøve denne rettighed, er det en begrænsning i strid med artikel 21, stk. 1, TEUF, medmindre den er begrundet.

90. Den samme vurdering gælder efter min opfattelse, når der er tale om andre nære familiemedlemmer (f.eks. svigerforældre som i S' tilfælde), såfremt det er fastslået, at unionsborgeren ellers vil flytte til et andet land sammen med sin familie (herunder disse øvrige familiemedlemmer) for at leve sammen med dem eller vil ophøre med at udøve retten til fri bevægelighed.

91. Domstolen har allerede anvendt dette kriterium, hvor en unionsborger, der har udøvet retten til fri bevægelighed og ophold, vender tilbage for at tage ophold i sit hjemland (Singh-dommen og Eind-dommen), eller har udøvet retten til fri bevægelighed, samtidig med at han fortsat var bosat i hjemlandet (Carpenter-dommen⁶⁵, der blev afsagt efter Singh-dommen⁶⁶, men før Eind-dommen⁶⁷). I bund og grund viser de to førstnævnte afgørelser⁶⁸, at når en unionsborger er rejst til og har taget ophold i en anden medlemsstat, kan familiemedlemmer derefter ledsage ham til, eller slutte sig til ham, i hans hjemland på vilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i medfør af EU-retten gælder i værtsmedlemsstaten.

62 — Artikel 4, stk. 3, TEU, hvorefter »[Unionen og medlemsstaterne i] medfør af princippet om loyalt samarbejde respekterer [...] hinanden og bistår hinanden ved gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne«.

63 — Dom af 29.4.2004, sag C-224/02, Pusa, Sml. I, s. 5763, punkt 22 i forslaget til afgørelse.

64 — Denne yderste fratagelse af en kernerettighed under unionsborgerskabet er genstand for omformuleringen af princippet i Ruiz Zambrano-dommen i dommen i sagen Dereci m.fl. (begge sager nævnt ovenfor i fodnote 19). For at være helt nøjagtig skal jeg gøre opmærksom på, at visse bestemmelser, herunder artikel 20, stk. 2, litra c), TEUF (diplomatisk beskyttelse i et tredjeland), indrømmer unionsborgere rettigheder, der kan nydes uden for Den Europæiske Unions område.

65 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

66 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

67 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

68 — Jeg vil behandle Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, nedenfor i punkt 113 ff.

92. Singh og Eind var begge vandrende arbejdstagere, der var flyttet til og derefter havde haft ophold i en anden medlemsstat end den, hvor de var statsborgere. Senere vendte de begge tilbage til deres respektive medlemsstater. Singh blev selvstændig erhvervsdrivende. Eind havde ikke arbejde. De havde begge et familiemedlem fra et tredjeland, som havde levet sammen med dem i værtsmedlemsstaten og ansøgte om at leve sammen med dem i hjemlandet.

93. Domstolen fastslog, at Singh efter at være vendt tilbage til sit hjemland skulle behandles på en måde, der i det mindste svarede til den behandling, han ville have fået i den værtsmedlemsstat, som han var flyttet fra⁶⁹. Et familiemedlem kunne således ledsage ham til hjemlandet på de betingelser, der er fastsat i den fællesskabslovgivning, som var forløberen for direktiv 2004/38⁷⁰.

94. I Singh-dommen tog Domstolen mindre udtrykkeligt hensyn til retten til respekt for familielivet, selv om den vurderede, at hvis en unionsborger blev forhindret i at udøve denne ret ved at bo sammen med sin ægtefælle og børn efter at være vendt tilbage til sit eget hjemland, kunne han blive afskrækket fra at udøve den grundlæggende frihed til at rejse ind i og tage ophold på en anden medlemsstats område (den såkaldte »afskrækkende virkning«)⁷¹. I Eind-dommen accepterede Domstolen mere udtrykkeligt, at hindringer for familiesammenføring kan medføre hindringer for unionsborgers ret til fri bevægelighed⁷². Eind-dommen er fra 2007, dvs. efter indførelsen af unionsborgerskab, mens Singh-dommen blev afsagt tidligere (i 1992).

95. En unionsborger erhverver således ret til, at en nærmere bestemt gruppe af familiemedlemmer kan ledsage eller slutte sig til ham, når han udøver retten til fri bevægelighed og ophold. Vel vidende, at han mister denne ret, når han vender tilbage til hjemlandet, vil det sandsynligvis enten afskrække ham fra i det hele taget at gøre brug af sin frie bevægelighed eller begrænse hans muligheder for, hvad han kan gøre efter at have foretaget den første flytning. I denne henseende gør det ingen forskel, at familiemedlemmet ikke havde opholdsret i hjemlandet før den første flytning. Direktiv 2004/38 garanterer, at unionsborgere efter den anden flytning kan tage ophold sammen med familiemedlemmer, der levede sammen med dem før den første flytning og har sluttet sig til dem fra et tredjeland eller er blevet familiemedlemmer efter den første flytning⁷³. Af denne grund kan hjemlandet ikke behandle sine egne statsborgere, der vender tilbage for at tage ophold på dets område, mindre gunstigt, end de blev behandlet som unionsborgere i værtsmedlemsstaten. Det afgørende er den behandling, som en unionsborger havde *ret* til i værtsmedlemsstaten. Det har ingen betydning, hvilken ret en unionsborger rent faktisk *nød*⁷⁴. Efter den første flytning er rettighederne ifølge EU-retten nemlig fulgt med unionsborgeren og gælder stadig for den pågældende, efter at han er vendt tilbage til hjemlandet, idet de betingelser og begrænsninger, der er fastsat i direktiv 2004/38, også indirekte gælder for unionsborgere, der vender tilbage til deres hjemland.

Definition af ophold

96. Hvis unionsborgeren ikke tog ophold i en anden medlemsstat, er det mindre indlysende, at det vil påvirke dennes ret til fri bevægelighed negativt, hvis familiemedlemmer nægtes opholdsret på grundlag af EU-retten i hjemlandet. Men hvad betyder det at tage ophold i en anden medlemsstat? Det er det spørgsmål, der ligger til grund for det andet og tredje spørgsmål i sag C-456/12.

69 — Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 19 og 23.

70 — Jf. Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 21. Jf. desuden Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 39, og dom af 7.10.2010, sag C-162/09, Lassal, Sml. I, s. 9217, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis.

71 — Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 20.

72 — Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 37 og 44 og den deri nævnte retspraksis (som bl.a. henviser til Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16). Jf. desuden Iida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 70.

73 — Jf. f.eks. dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 88, 89 og 92 (med hensyn til at stifte familie efter at have udøvet retten til fri bevægelighed).

74 — Dette fremgår af Domstolens formulering i præmis 19 og 23 i Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3. Jf. desuden de præmisser i dommen i sagen Metock m.fl., der er nævnt ovenfor i fodnote 73.

97. Direktiv 2004/38 opstiller de betingelser, hvorunder en unionsborger kan tage ophold i en anden medlemsstat, uden at definere, hvad »ophold« betyder. Traktaterne indeholder heller ikke en overordnet definition. Visse afledte retsakter definerer »ophold« (på engelsk »residence«), med henblik på den konkrete lovgivning og bruger f.eks. udtrykket »sædvanligt opholdssted« (på engelsk »normal residence«⁷⁵ eller »habitual residence«⁷⁶).

98. Ophold har forskellige funktioner i EU-retten. I visse sammenhænge kan det anvendes som kriterium for fastlæggelse af gældende ret (f.eks. inden for skatteret og international privatret) og for at undgå såkaldt »ydelsesturisme«⁷⁷. Andre steder kan det være kernen i en rettighed⁷⁸ eller et element, hvis fravær udelukker adgangen til en ydelse⁷⁹. I nogle sammenhænge er det udtrykkeligt defineret, i andre er det ikke. Ophold er således ikke et ensartet begreb i EU-retten.

99. I forbindelse med lovgivningen om unionsborgerskab er ophold i en anden medlemsstat, ud over at være en rettighed, undertiden en betingelse for udøvelse af supplerende rettigheder, som er knyttet til denne status (eksempelvis valgret og retten til at stille op som kandidat ved valg til Europa-Parlamentet og lokalvalg⁸⁰), men det kan også være et krav, som begrænser andre frihedsrettigheder, der er garanteret i EU-retten.

100. I Swaddling-dommen fastslog Domstolen, at definitionen af »bopæl« i artikel 1, litra h), i forordning nr. 1408/71⁸¹ betød »sædvanligt opholdssted«, og antydede, at den havde et EU-retligt indhold⁸². Domstolen fortolkede udtrykket »den medlemsstat, på hvis område de er bosat«, som det sted, »hvor deres sædvanlige interessecentrum [...] befinder sig«, hvilket skulle bestemmes under hensyntagen til »arbejdstagerens familiemæssige situation, årsagerne til udrejsen, bosættelsens varighed og kontinuitet, om han i givet fald har fast beskæftigelse, samt arbejdstagerens hensigt, således som den fremgår af de samlede omstændigheder«⁸³. Herved har Domstolen tilkendegivet, at man for at få en korrekt forståelse af, hvorvidt en person har taget ophold eller ikke, ikke skal tage udgangspunkt i en enkelt faktor, men i flere elementer, som samlet betragtet gør det muligt at vurdere personens situation og kategorisere den som ophold eller ikke-ophold.

101. På andre EU-retlige områder har Domstolen givet udtryk for en lignende definition af ophold, nemlig hvor en person har sit sædvanlige eller normale interessecentrum, hvilket skal afgøres på baggrund af de faktiske omstændigheder i sagen, som omfatter både objektive og subjektive elementer⁸⁴.

75 — Jf. f.eks. artikel 7 i Rådets direktiv 83/182/EØF af 28.3.1983 om afgiftsfritagelse inden for Fællesskabet ved midlertidig indførsel af visse transportmidler (EFT L 105, s. 59) med senere ændringer.

76 — Jf. f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT L 166, s. 1), ændret flere gange, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17.6.2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6), Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007 af 11.7.2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen) (EUT L 199, s. 40) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25.11.2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (EUT L 335, s. 1).

77 — Jf. f.eks. dom af 16.5.2013, sag C-589/10, Wencel, EU:C:2013:303, præmis 48-51, om muligheden for at have to sædvanlige opholdssteder i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366), ophævet ved forordning (EF) nr. 883/2004.

78 — Jf. f.eks. direktiv 2004/38.

79 — Jf. f.eks. dom af 9.10.1984, sag 188/83, Witte mod Parlamentet, Sml. s. 3465, præmis 8-11, vedrørende tildeling af udlandstillæg.

80 — Jf. artikel 22 TEUF.

81 — Nævnt ovenfor i fodnote 77.

82 — Dom af 25.2.1999, sag C-90/97, Sml. I, s. 1075, præmis 28.

83 — Swaddling-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 82, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

84 — Jf. f.eks. dom af 17.2.1977, sag 76/76, Di Paolo, Sml. s. 315, af 8.7.1992, sag C-102/91, Knoch, Sml. I, s. 4341, samt generaladvokat Saggios forslag til afgørelse i Swaddling-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 82, punkt 17. Jf. desuden f.eks. dom af 23.4.1991, sag C-297/89, Ryborg, Sml. I, s. 1943, præmis 24 og 25, og af 12.7.2001, sag C-262/99, Louloudakis, Sml. I, s. 5547, præmis 55.

102. Jeg mener ikke, at ophold kræver en vedvarende fysisk tilstedeværelse på en enkelt medlemsstats område (det tredje spørgsmål i sag C-456/12). Hvis det gjorde, kunne man kun anses for at være bosiddende i en medlemsstat, hvis man ikke havde udøvet retten til fri bevægelighed (pr. definition ville man have boet i et andet land, før man var rejst)⁸⁵. Det vil dog rimeligvis kræve, at man har været der en overvejende del af tiden.

103. Jeg mener heller ikke, at spørgsmålet om, hvorvidt en unionsborger har taget ophold i en anden medlemsstat, afhænger af, om det er hans eneste bopælssted. I mange tilfælde vil udøvelsen af retten til frit ophold i Den Europæiske Union indebære, at man flytter bopæl fra én medlemsstat til en anden uden at bevare en egentlig tilknytning til det tidligere bopælssted. I andre tilfælde vil det dog af forskellige grunde være hensigtsmæssigt at bevare en væsentlig tilknytning.

104. Når blot unionsborgeren opfylder kriteriet for at have taget ophold i en medlemsstat, bør det ikke have nogen betydning, at den pågældende bevarer en eller anden form for bolig i et andet land⁸⁶. Der findes ikke nogen overordnet EU-retlig regel om, at et opholdssted i én medlemsstat er til hinder for, at man samtidig kan have et opholdssted i en anden medlemsstat⁸⁷. Dette følger tilsyneladende også af bestemmelserne i direktiv 2004/38, hvorefter ophold i mere end tre måneder afhænger af, om unionsborgeren er enten arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller råder over tilstrækkelige midler, således at opholdet ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system. Derimod skal der udvises fuld solidaritet (hvor betingelsen om »tilstrækkelige midler« ikke længere gælder) med personer med fast bopæl⁸⁸.

105. Mens unionsborgere, som ikke er vandrende arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten, skal bevise, at de har tilstrækkelige midler, er direktiv 2004/38 neutralt hvad angår kilden eller kilderne til disse midler, som derfor kan komme fra virksomhed eller interesser i et andet land i eller uden for Den Europæiske Union. I modsat fald ville der være tale om en åbenlys begrænsning af grundlæggende friheder.

106. Har det nogen betydning, hvorvidt en unionsborger oprindeligt rejste til værtsmedlemsstaten for at udøve en økonomisk frihed, og hvorvidt den pågældende vendte tilbage til sit hjemland for at være erhvervsmæssigt aktiv dér?

107. Det mener jeg ikke.

108. Eind flyttede fra Nederlandene til Det Forenede Kongerige for at være erhvervsmæssigt aktiv dér. Da han var vendt tilbage til Nederlandene, arbejdede han ikke. Alligevel havde hans datter ret til at bo sammen med ham i Nederlandene, selv om hun var underlagt betingelserne i forordning nr. 1612/68 med hensyn til ophold for efterkommere af en vandrende arbejdstager⁸⁹. Det var denne behandling, som Eind havde ret til i Det Forenede Kongerige, og som han ikke kunne miste efter at være flyttet tilbage til Nederlandene.

85 — For at undgå dette logiske paradoks angiver de fleste opholdskriterier en fast (og således nødvendigvis vilkårlig) »karensperiode«, hvor man skal have været der, før man får opholdsret. Der er dog ingen objektiv forskel mellem tilstedeværelse dagen før og dagen efter, det magiske tal er nået.

86 — Jf. f.eks. Di Paolo-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 84, præmis 17 og 21.

87 — Eksempelvis mener medlemsstater aldrig, at en person ikke er skattemæssigt hjemmehørende på deres område, blot fordi den pågældende (også) er skattemæssigt hjemmehørende i en anden medlemsstat.

88 — Jf. artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

89 — Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 38 og 39. Forordning nr. 1612/68 blev ændret ved direktiv 2004/38 og er nu ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen (EUT L 141, s. 1).

109. En unionsborger kan således kræve en behandling i sit hjemland, der ikke er mindre gunstig end den, som den pågældende havde ret til som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten. At man ikke længere er erhvervsmæssigt aktiv, ændrer ikke ved denne rettighed. Den ændres heller ikke af, at en unionsborger ikke havde status som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten, da unionsborgerens ret til fri bevægelighed og ophold ikke længere afhænger af, at den pågældende udøver erhvervsmæssig virksomhed. Betingelserne for, hvornår unionsborgerens familiemedlemmer kan tage ophold i værtsmedlemsstaten, kan dog være forskellige⁹⁰.

110. Jeg er ikke overbevist af argumentet om, at en unionsborger (uanset om den pågældende er vandrende arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller ikke) skal have haft ophold i en anden medlemsstat i en uafbrudt periode på mindst tre måneder eller et andet »betydeligt« tidsrum, før hans familiemedlemmer fra et tredjeland på grundlag af EU-retten kan udlede en ret til ophold i hjemlandet (genstanden for det andet spørgsmål i sag C-456/12). Dette argument forudsætter, at tvungen adskillelse fra et familiemedlem, f.eks. en ægtefælle, ikke vil afholde en unionsborger, som ønsker at flytte for midlertidigt at bosætte sig i en anden medlemsstat, fra at udøve sin ret til fri bevægelighed og ophold. Jeg ser ikke noget grundlag for at kræve, at unionsborgeren under disse omstændigheder midlertidigt opgiver sin ret til et familieliv (eller sagt med lidt andre ord, at den pågældende er villig til at betale denne pris for derefter at kunne påberåbe sig EU-retten over for den medlemsstat, hvor han er statsborger). I henhold til direktiv 2004/38 har familiemedlemmer nemlig ret til straks at ledsage unionsborgeren til værtsmedlemsstaten. Direktiv 2004/38 gør ikke denne afledte rettighed afhængig af, at unionsborgeren opfylder et mindstekrav om opholdets varighed. Det er betingelserne for de personer, som unionsborgeren skal forsørge, der varierer i forhold til opholdets varighed.

111. Varigheden af en unionsborgers ophold i en anden medlemsstat er (tydeligvis) et relevant kvantitativt kriterium. Jeg mener dog ikke, at det kan anvendes som en absolut grænse ved afgørelsen af, hvem der har, eller ikke har, udøvet retten til ophold, og som familiemedlemmer derfor kan ledsage eller slutte sig til⁹¹. Det er kun ét af de kriterier, som der skal tages hensyn til.

Fri bevægelighed uden ophold

112. Hvordan forholder det sig, hvis en unionsborger rejser til en anden medlemsstat end den, hvor han er statsborger, men ikke tager ophold dér? Har hans familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, da ret til at slutte sig til ham i den medlemsstat, hvor han er statsborger og har bopæl? Dette er essensen af det første og andet spørgsmål i sag C-457/12.

113. Argumentationen i Singh-dommen⁹² og Eind-dommen⁹³ dækker ikke denne situation. Imidlertid viser allerede Carpenter-dommen⁹⁴, at der kan være tale om afledt opholdsret for familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger og har bopæl, når denne udøver rettigheder i forbindelse med det indre marked (f.eks. retten til at levere tjenesteydelser), men *ikke* ændrer sit bopælssted til en anden medlemsstat.

90 — Jf. punkt 135-142 nedenfor.

91 — Hvis en unionsborger skulle have haft uafbrudt ophold i x antal måneder, før han havde ret til at få sin familie til landet, kunne han kun blive »ledsaget« af dem ved at forlade området efter at have opholdt sig dér det magiske tidsrum og derefter vende tilbage til området sammen med familien, hvilket næppe ville fremme udøvelsen af hans frie bevægelighed.

92 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

93 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

94 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

114. I Carpenter-dommen havde den nationale ret fastslået, at Mary Carpenter med sin børnepasning og sit arbejde i hjemmet indirekte kunne bistå sin ægtefælle og hjælpe ham med at udøve sin ret til at levere tjenesteydelser i en anden medlemsstat. Det betød, at Peter Carpenter kunne bruge mere tid på sin forretning, hvoraf en betydelig del blev drevet i andre medlemsstater⁹⁵. Domstolen fastslog, at hvis Mary Carpenter blev nægtet ophold, og ægteparret herved blev adskilt, ville det »få negative konsekvenser for deres familieliv og dermed også for betingelserne for Peter Carpenters udøvelse af en grundlæggende frihed«⁹⁶. Ud fra de samme grunde som i Singh-dommen fastslog Domstolen, at denne frihed ikke ville få fuld gennemslagskraft, hvis der i Peter Carpenters oprindelsesland blev opstillet hindringer for hans ægtefælles indrejse og ophold⁹⁷.

115. I forbindelse med undersøgelsen af, hvorvidt en sådan begrænsning kunne begrundes, vurderede Domstolen derefter, at beslutningen om at udvise Mary Carpenter udgjorde en indgriben i Peter Carpenters udøvelse af retten til respekt for familielivet i henhold til artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention⁹⁸.

116. Lad os kaste et nærmere blik på Carpenter-dommen.

117. Domstolens begrundelse er nødvendigvis baseret på den forudsætning, at der var en årsagssammenhæng mellem Peter Carpenters udøvelse af økonomisk fri bevægelighed og hans filippinske hustrus ophold i den medlemsstat, hvor Peter Carpenter er statsborger og har sin bopæl. Den erhvervsmæssige virksomhed satte ham i stand til at forsørge sin hustru, der var tredjelandsstatsborger. På den anden side var Peter Carpenter afhængig af sin hustru, fordi hun passede hans børn og hjemmet og herved indirekte bidrog til hans succes⁹⁹. De betingelser, hvorunder retten til et familieliv blev udøvet, kunne derfor påvirke udøvelsen af retten til fri bevægelighed. Hvis Mary Carpenter blev nægtet opholdsret i den medlemsstat, hvor Peter Carpenter var statsborger og havde bopæl, ville det sandsynligvis tvinge ham til enten i) at flytte til en anden medlemsstat, for at hans hustru kunne slutte sig til ham dér (på de betingelser, der er fastsat i direktiv 2004/38) eller ii) at acceptere begrænsningen af hans ret til et familieliv og give afkald på sin hustrus tilstedeværelse sammen med ham i hans hjemland, hvilket ville påvirke de betingelser, hvorunder han udøvede sin frihed til at levere tjenesteydelser i en anden medlemsstat (uden at have ophold dér). Hvorvidt det rent faktisk havde medført, at han ophørte sin virksomhed i udlandet, er ikke klart og indgår heller ikke i Domstolens begrundelse.

118. Hvordan er denne analyse relevant for det første for den aktive udøvelse af retten til fri bevægelighed uden at tage ophold som arbejdstager og for det andet for den »passive« udøvelse af retten til at modtage tjenesteydelser?

Bevægelse over grænser som arbejdstager uden at flytte bopæl

119. Unionsborgere, som uden at flytte bopæl udøver retten til fri bevægelighed i forbindelse med en virksomhed, der bidrager til at forsørge, eller gør dem afhængige af, familiemedlemmer, kan derfor have behov for, at visse familiemedlemmer slutter sig til dem i deres hjemland. Forbindelsen mellem ophold og udnyttelse af retten til fri bevægelighed kan i disse tilfælde være helt tydelig og let at etablere. Hvis eksempelvis familiemedlemmer til en grænsearbejder nægtes ophold, kan den sidstnævnte blive afskrækket fra at arbejde i en anden medlemsstat eller tvunget til at flytte bopæl og

95 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 14 og 19.

96 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 39.

97 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 39.

98 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 41.

99 — Immigration Adjudicator konstaterede, at Mary Carpenter på denne måde indirekte bidrog til fremgangen i mandens virksomhed. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 18. Generaladvokat Stix-Hackl mente ikke, at denne omstændighed var relevant for opholdsretten i henhold til EU-retten (jf. punkt 103-105 i hendes forslag til afgørelse). Jeg fortolker Domstolens udtrykkelige henvisning til denne omstændighed som en tilkendegivelse af, at den ikke var enig med generaladvokaten hvad dette angår.

sammen med sin familie flytte til en anden medlemsstat. Det samme gælder for unionsborgere, som er afhængige af et familiemedlem, fordi sidstnævnte gør det lettere eller muligt for unionsborgeren at udøve retten til fri bevægelighed. Dette er en direkte følge af, hvad Domstolen allerede har fastslået i Carpenter-dommen vedrørende »aktiv« levering af tjenesteydelser til kunder, der er bosiddende i en anden medlemsstat.

120. Er der en egentlig forskel mellem at bo i medlemsstat A, men arbejde for en arbejdsgiver i medlemsstat B (referenceperson G's situation), og at bo i medlemsstat A, arbejde for en arbejdsgiver, som også er hjemmehørende i medlemsstat A, men udføre arbejde, som kræver, at arbejdstageren tager til en anden medlemsstat (referenceperson S' situation)? Denne problemstilling opstår på baggrund af de to præjudicielle spørgsmål i sag C-457/12.

121. Det mener jeg ikke, der er. I begge tilfælde kræver arbejdstagerens arbejde, at han passerer grænser for at opfylde betingelserne i ansættelseskontrakten. Han kan ikke både beholde sit arbejde og blive i sit hjemland. Derefter opstår spørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning af en tredjelandstatsborgers tilstedeværelse i værtsmedlemsstaten, når den pågældende er et familiemedlem, enten vil forhindre arbejdstageren i at passere grænsen for at opfylde betingelserne i sin ansættelseskontrakt, eller vil gøre det betydeligt vanskeligere for ham at gøre dette. De faktiske omstændigheder kan være af en sådan art, at det ikke gør nogen forskel hvad angår udøvelsen af retten til fri bevægelighed. Hvis arbejdstagerens evne til at opfylde sin ansættelseskontrakt imidlertid blev væsentligt forringet, hvis han ikke kan benytte sig af den støtte, han får fra sit familiemedlem, der er tredjelandstatsborger (eller hvis det blev umuligt for ham at have et arbejde, hvor han skulle passere grænsen), kræves det af hensyn til unionsborgerens effektive udøvelse af den frie bevægelighed, at hans familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, indrømmes afledte opholdsrettigheder på grundlag af EU-retten i værtsmedlemsstaten.

122. Hvorvidt familiemedlemmet, der er tredjelandstatsborger, kan gøre krav på opholdsret i unionsborgerens hjemland, afhænger af de samme tre variabler, som oprindeligt dannede grundlag for indførelsen af afledte rettigheder for tredjelandstatsborgere på grundlag af EU-retten. Der er tale om:

- familierelationen til unionsborgeren
- unionsborgerens udøvelse af retten til fri bevægelighed og
- årsagssammenhængen mellem tredjelandstatsborgerens ophold og unionsborgerens udøvelse af retten til fri bevægelighed.

123. En vurdering af disse kriterier vil ikke automatisk give et simpelt ja eller nej som svar. Omfanget af en eventuel begrænsning af retten til fri bevægelighed kan variere betydeligt, f.eks. afhængigt af hvor tæt familierelationen er. Samtidig kan denne relations relevans, og hvor meget unionsborgerens beslutning om, hvorvidt han vil udøve retten til fri bevægelighed, er afhængig heraf, variere betydeligt. Der er en begrænsning af dette valg, hvis det påvises, at et afslag på at indrømme opholdsret til et familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, sandsynligvis kan medføre, at unionsborgeren flytter, undlader at flytte eller opgiver de faktiske udsigter til en flytning.

Udnyttelse af den »passive« frihed til at oppebære tjenesteydelser i en anden medlemsstat uden at flytte dertil

124. Dette er fokus for det første spørgsmål i sag C-456/12.

125. Inden for EU-rettens anvendelsesområde er alle unionsborgere garanteret den samme beskyttelse af deres grundlæggende friheder og retten til et familieliv. En unionsborger, der rejser til en anden medlemsstat for at oppebære en tjenesteydelse dér, uanset ydelsens art, er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde¹⁰⁰. Heraf følger imidlertid ikke, at udøvelse af retten til fri bevægelighed med henblik på at oppebære tjenesteydelser nødvendigvis skaber afledte opholdsrettigheder i hjemlandet for unionsborgerens familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere. Et afslag på ophold vil nemlig ikke altid udgøre en hindring for familiesammenføring, som begrænser en unionsborgers grundlæggende ret til bevægelighed¹⁰¹.

126. Det er umuligt at forestille sig et samfund eller en økonomi uden tjenesteydelser¹⁰². Unionsborgere passerer i stigende omfang grænser for at modtage tjenesteydelser. For mange af dem kan det være den eneste form for fri bevægelighed, de nogensinde vil udøve. De rejser på ferie, tager på endagsture, bestiller bøger online og meget mere.

127. Imidlertid er ikke alle disse former for en unionsborgers udøvelse af den passive frihed til udveksling af tjenesteydelser afhængige af, om familiemedlemmer fra tredjelande også har ophold i den medlemsstat, hvor den pågældende unionsborger bor.

128. Selv om det at rejse til en anden medlemsstat for at modtage en tjenesteydelse utvivlsomt udgør udøvelse af en økonomisk frihed, er det normalt ikke den type aktivitet, som sætter unionsborgere i stand til at forsørge, eller gør den pågældende afhængig af, sine familiemedlemmer (hvilket muligvis skyldes den alternative omkostning forbundet med udøvelsen af den frie bevægelighed). Derfor er det mindre sandsynligt, at hindringer for familiesammenføring vil påvirke de hensyn, som får en unionsborger til at rejse til og/eller tage ophold i et andet land.

129. I de fleste tilfælde er afledte opholdsrettigheder for familiemedlemmer (som kan føre til tidsubegrænset ophold) *ikke* nødvendige, for at en unionsborger kan modtage en tjenesteydelse, som er af midlertidig karakter »ikke kun [...] på grundlag af ydelsens varighed, men også på grundlag af dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet«¹⁰³, og som ofte er en forbrugerydelse, som unionsborgeren betaler for, og ikke en indtægtsgivende aktivitet.

130. Den omstændighed, at tjenesteydelsen kan være mere behagelig, hvis man modtager den sammen med et familiemedlem, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at der er tale om en begrænsning af retten til fri bevægelighed, da dette ikke er et hensyn, der indgår i de grunde, som foranlediger en unionsborger til at passere grænser for at modtage en tjenesteydelse (f.eks. et måltid i en særlig god restaurant) i stedet for at forblive i den medlemsstat, hvor den pågældende er statsborger og har bopæl, og gøre det dér.

131. Jeg skal dog ikke udelukke den mulighed, at afledte opholdsrettigheder for familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, kan være nødvendige i undtagelsestilfælde. Dette ville navnlig være tilfældet, hvor en unionsborger bliver afhængig af et familiemedlem på grund af selve den omstændighed, som er årsagen til, at han passerer grænser for at modtage tjenesteydelser i en anden medlemsstat. Lad os f.eks. antage, at en tysk statsborger, der bor i Tyskland og er gift med en kinesisk statsborger, som ikke har fået opholdstilladelse i Tyskland, bliver syg og har brug for langvarig behandling. Af medicinske årsager beslutter han at få denne behandling i Belgien. Han agter ikke at flytte og bosætte sig dér, men han har brug for hjælp, når han regelmæssigt rejser til Belgien. Han har også brug for

100 — Jf. i denne retning dom af 24.9.2013, sag C-221/11, Demirkan, EU:C:2013:583, præmis 35 og 36.

101 — Jf. desuden i denne retning punkt 5 i generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i Singh-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3.

102 — Jf. desuden f.eks. generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i Demirkan-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 100, navnlig punkt 49 og 50.

103 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 27.

hjælp til andre ting, som han ikke længere kan gøre selv. Han bliver afhængig af pleje. Forståeligt nok vil han helst have, at hans kinesiske hustru yder denne pleje. Denne beslutning hører under privat- og familiesfæren, men hænger samtidig sammen med de betingelser, hvorunder han udøver den frie bevægelighed.

Flytning mellem medlemsstater for at udøve retten til et familieliv

132. Hvordan forholder det sig, hvis en unionsborger rejser med det formål alene at udøve sin ret til et familieliv sammen med et familiemedlem, som opholder sig andetsteds i Den Europæiske Union? Kan han efterfølgende påstå, at hans udøvelse af den frie bevægelighed er blevet begrænset, hvis dette familiemedlem ikke, i medfør af EU-retten, må tage lovligt ophold i den medlemsstat, hvor han er statsborger og har bopæl? Disse spørgsmål er relevante for B's og O's situation (sag C-456/12), idet begge tilsyneladende har passeret grænser for at være sammen med deres partner eller ægtefælle.

133. Man kan fremføre det argument, at hvis en sådan restriktiv national foranstaltning medfører, at en unionsborger tager ophold i en anden medlemsstat, er dette netop udtryk for, hvordan unionsborgerskabet fungerer, og et eksempel på, hvordan den frie bevægelighed kan styrke udøvelsen af retten til et familieliv.

134. Spørgsmålet er imidlertid ikke, hvorvidt en national foranstaltning som denne medfører (eller giver mulighed for) udøvelsen af fri bevægelighed. Det centrale er *friheden til at vælge, om man vil rejse eller ikke*. En foranstaltning, der tvinger én til at rejse, begrænser dette valg og er derfor i strid med artikel 21, stk. 1, TEUF¹⁰⁴.

Hvilke betingelser gælder for udøvelsen af afledte opholdsrettigheder

135. Selv om den forelæggende rets spørgsmål fokuserer på afledte opholdsrettigheder, er disse rettigheder ikke ubetingede. Udøvelsen heraf kan være underlagt traktaterne eller gennemførelseslovgivning.

136. Artikel 21, stk. 1, TEUF fastsætter, at unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område sker »med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaterne og i gennemførelsesbestemmelserne hertil«.

137. En unionsborger, der rejser til en anden medlemsstat end den, hvor han er statsborger, har ret til at rejse ind på dens område og tage ophold dér på de betingelser, der er fastsat i direktiv 2004/38. F.eks. skal han ved ophold i indtil tre måneder blot være i besiddelse af et gyldigt identitetskort eller pas¹⁰⁵. Det samme gælder for familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, og som ledsager eller slutter sig til unionsborgeren dér¹⁰⁶. Der gælder andre betingelser ved ophold i mere end tre måneder og ubegrænset ophold. Når unionsborgeren derefter vender tilbage til sit hjemland, bør han have ret til at blive ledsaget af sine familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, eller til, at de slutter sig til ham, på betingelser, som ikke er mindre gunstige end dem, der i medfør af EU-retten gælder i hjemlandet.

104 — Jf. desuden punkt 89 ovenfor. Jeg gør opmærksom på, at der ikke er noget i de faktiske omstændigheder, der tyder på proformaægteskaber, svig eller misbrug af rettigheder (jf. punkt 42 ovenfor).

105 — Artikel 6, stk. 1, i direktiv 2004/38.

106 — Artikel 6, stk. 2, i direktiv 2004/38. Efter indrejse til den pågældende medlemsstat skal disse tredjelandstatsborgere naturligvis også opfylde alle relevante krav hvad angår indrejsevisum. Jf. artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38.

138. Lad os antage, at en unionsborger har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i to måneder, og at hans ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, sluttede sig til ham dér. På grund af visse omstændigheder (måske er en af hans forældre blevet alvorligt syg) er han nødt til at vende tilbage til sit hjemland, hvor han agter at opholde sig i en overskuelig fremtid sammen med sin ægtefælle. Det kan han gøre, såfremt hans ægtefælle opfylder de relevante betingelser i direktiv 2004/38. Den omstændighed, at hun kun levede sammen med ham i værtsmedlemsstaten i to måneder, medfører ikke, at varigheden af hendes ophold i unionsborgerens hjemland skal begrænses på samme måde. Hvis det var tilfældet, ville unionsborgeren muligvis være tvunget til enten at undlade at rejse tilbage til sit hjemland og fortsætte med at bo andetsteds i Den Europæiske Union sammen med sin ægtefælle, eller efterlade hende, når han rejste tilbage til sit hjemland, fordi hun kun havde afledt opholdsret i to måneder, og han var nødt til at være i hjemlandet i længere tid. Hvis han var forblevet i værtsmedlemsstaten, og forudsat at de relevante betingelser var opfyldt, ville hans kone have kunnet opholde sig dér i mere end tre måneder og muligvis opnå ubegrænset opholdstilladelse.

139. Udløber den afledte opholdsret, hvis der er forløbet et (ikke nærmere bestemt) tidsrum, fra unionsborgeren vender tilbage til sit hjemland til familiemedlemmets ankomst? Dette spørgsmål rejses ved det fjerde spørgsmål i sag C-456/12 (vedrørende B).

140. Jeg mener, at svaret afhænger af, hvorfor unionsborgeren og hans familiemedlem(mer) ikke rejste sammen.

141. I henhold til direktiv 2004/38 kan værtsmedlemsstaten ikke nægte tredjelandstatsborgere ophold, fordi der er forløbet et tidsrum. De har ret til at »ledsage eller slutte sig til« den unionsborger, som de er familiemæssigt tilknyttet¹⁰⁷. Denne ordlyd betyder, at det forhold, at der er forløbet et stykke tid, efter at unionsborgeren er rejst ind i landet og har taget ophold, ikke er til hinder for, at en tredjelandstatsborger kan »slutte sig til« ham senere. Domstolen har nemlig fastslået, at direktiv 2004/38 ikke kræver, at unionsborgerens familiemedlemmer rejser ind i værtsmedlemsstaten samtidig med den unionsborger, hvis status giver dem afledte rettigheder¹⁰⁸.

142. Jeg mener ikke, at grunden til, at familiemedlemmerne kommer senere, er relevant. Det vigtigste er, at beslutningen om at rejse til det pågældende land for at tage ophold sammen med en unionsborger, er truffet under udøvelse af retten til et familieliv. Unionsborgere kan frit træffe beslutning om, hvordan de vil udøve retten til et familieliv (hvis ikke, ville rettigheden ikke være meget værd). Mange vil foretrække at leve sammen med deres familiemedlemmer, mens andre måske vil prioritere anderledes på et givet tidspunkt (hvilket også kan ændre sig med tiden), eller der kan være praktiske forhindringer, som medfører, at de ikke umiddelbart kan leve sammen. Hvis et familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, og en unionsborger har besluttet, at de ikke længere vil leve sammen som et par og udøve retten til et familieliv, vil tredjelandstatsborgeren derimod ikke længere have en afledt opholdsret.

143. På baggrund heraf vil jeg nu ganske kort gennemgå, hvordan den forelæggende ret bør analysere O's, B's, S' og G's situation.

107 — Jf. f.eks. artikel 6, stk. 2, artikel 7, stk. 2, og artikel 16, stk. 2, i direktiv 2004/38. Jf. desuden Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 38.

108 — Jf. f.eks. dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36 ovenfor, præmis 90, kendelse af 19.12.2008, sag C-551/07, Sahin, Sml. I, s. 10453, præmis 28, og dommen i sagen O. og S., nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 54.

Hvad bestemmer O's, B's, S' og G's afledte opholdsret?

– O

144. Referenceperson O rejste fra Nederlandene, indgik ægteskab med O i Frankrig, hvorefter hun og hendes mand rejste til Spanien. Hvis O opholdt sig lovligt i Spanien sammen med referenceperson O som familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, til en unionsborger i henhold til direktiv 2004/38, bør referenceperson O, når hun vender tilbage for at arbejde og bo i Nederlandene, ikke behandles mindre gunstigt, end da hun rejste til Spanien for at tage ophold dér. Hvis disse faktiske omstændigheder bekræftes (hvilket det naturligvis tilkommer den forelæggende ret at gøre), vil O derfor på grundlag af EU-retten have ret til lovligt ophold i Nederlandene. Denne rettighed er hverken ubetinget eller absolut. Den er underlagt betingelserne og begrænsningerne i direktiv 2004/38 på samme måde, som hans tidligere ret til at tage ophold i Spanien var det.

– B

145. Referenceperson B udøvede retten til fri bevægelighed og tog muligvis ophold i Belgien for at leve dér sammen med sin (på daværende tidspunkt) partner B (det er uklart, hvorvidt referenceperson B var jobsøgende i Belgien, hvilket den forelæggende ret skal efterprøve). Da B kun var partner, var han ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 og havde derfor ikke ret til ophold i Belgien på grundlag af EU-retten som følge af referenceperson B's tilstedeværelse i dette land. Hvorvidt referenceperson B tog ophold i Belgien eller ikke, er derfor ikke afgørende for B's krav på opholdsret i Nederlandene.

146. Det er heller ikke relevant hvad angår artikel 21, stk. 1, TEUF, at referenceperson B levede sammen med eller besøgte B i Marokko, efter at de havde indgået ægteskab, da denne bestemmelse kun garanterer retten til at færdes og opholde sig frit i Den Europæiske Union.

147. Der er tilsyneladende heller ingen forbindelse mellem afslaget på B's ansøgning om opholdstilladelse i Nederlandene og referenceperson B's udøvelse af rettigheder i medfør af artikel 21, stk. 1, TEUF. Enhver form for udøvelse af sådanne rettigheder var afsluttet på et tidspunkt, hvor der endnu ikke var nogen familiemæssig tilknytning mellem B og referenceperson B.

148. Den omstændighed alene, at der forløb et stykke tid fra referenceperson B's tilbagevenden til Nederlandene til B's ankomst, har imidlertid ingen indflydelse på sidstnævntes eventuelle krav på afledt opholdsret, forudsat at beslutningen om at slutte sig til referenceperson B i Nederlandene blev truffet i forbindelse med udøvelsen af deres ret til et familieliv¹⁰⁹.

– S

149. Referenceperson S er ikke en »statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret i henhold til arbejdskraftens frie bevægelighed, og som har haft erhvervsmæssig beskæftigelse i en anden medlemsstat end sin bopælsmedlemsstat, [...] uanset sin bopæl og sit statsborgerskab«¹¹⁰. Han har erhvervsmæssig beskæftigelse i den medlemsstat, hvor han er statsborger og har bopæl, og når han rejser til Belgien og andre medlemsstater, indtræder han ikke på arbejdsmarkedet i det land¹¹¹.

109 — Jf. punkt 141-142 ovenfor.

110 — Dom af 13.12.2012, sag C-379/11, Caves Krier Frères, EU:C:2012:798, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis.

111 — Jf. i denne retning dom af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis.

Han er ikke udstationeret arbejdstager¹¹² og passerer heller ikke grænsen med henblik på udveksling af tjenesteydelser i Belgien i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56 TEUF. Det er antagelig snarere hans arbejdsgiver, der leverer tjenesteydelser i andre medlemsstater gennem referenceperson S' indgriben.

150. Det er imidlertid en kendsgerning, at referenceperson S udøver sin ret til fri bevægelighed i forbindelse med en erhvervsmæssig aktivitet (hans beskæftigelse i Nederlandene), og at resultaterne heraf (med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse heraf) bidrager til hans families underhold. Den alternative omkostning ved denne form for beskæftigelse er, at han er nødt til at få sin søn passet (det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, hvorvidt han ville være nødt til at sørge for en sådan pasning (og i givet fald i samme omfang), hvis han blot arbejdede i Nederlandene).

151. Hvad med de to andre variabler, som er anført ovenfor¹¹³, nemlig familiemæssig tilknytning og årsagssammenhæng?

152. For så vidt angår den familiemæssige tilknytning mellem S og referenceperson S har den forelæggende ret fastslået, at S er et familiemedlem i opstigende linje, som referenceperson S har forsørgerpligt over for, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/38. Denne konstatering indebærer, at den forelæggende ret mener, at referenceperson S dækker S' materielle behov (på grundlag af Domstolens snævre definition af begrebet forsørgelse i henhold til direktiv 2004/38). Omvendt er referenceperson S tilsyneladende afhængig af S, for så vidt som sidstnævnte passer hans søn, mens han udøver sin ret til fri bevægelighed i forbindelse med sit arbejde.

153. Tilsyneladende anså Rechtbank, der oprindeligt efterprøvede ministerens afgørelse, ikke denne omstændighed for relevant, fordi sønnen kunne blive passet af enten referenceperson S' hustru (som også bor i Nederlandene) eller i en børnepasningsinstitution.

154. På dette grundlag har den forelæggende ret indtaget det foreløbige synspunkt, at referenceperson S ikke ville blive stillet i en dårligere position hvad angår udøvelsen af retten til fri bevægelighed, hvis S ikke fik opholdstilladelse i Nederlandene. For at kunne fastslå, om der rent faktisk ikke er nogen rimelig årsagssammenhæng mellem disse to faktorer, er den forelæggende ret nødsaget til at undersøge, hvorvidt et afslag på opholdstilladelse til S vil medføre, at referenceperson S må finde anden beskæftigelse, som ikke indebærer udøvelse af retten til fri bevægelighed, eller medfører, at han flytter til en anden medlemsstat sammen med sin familie, herunder S.

– G

155. Referenceperson G er grænsearbejder, hvilket han fortsatte med at være, efter at han i Peru havde indgået ægteskab med G, som han har børn sammen med. Som ægtefæller må G og referenceperson G antages at være afhængige af hinanden i både materiel, juridisk og følelsesmæssig henseende. Referenceperson G's beskæftigelse i en anden medlemsstat må siges at have afgørende betydning for denne familiemæssige tilknytning.

156. Et afslag på at give G ophold i Nederlandene kan sandsynligvis forårsage, at referenceperson G, som ønsker at leve sammen med G, tager ophold i Belgien (for at de kan bo sammen på grundlag af direktiv 2004/38) og herved bliver vandrende arbejdstager med bopæl i en anden medlemsstat. Dette ville være en begrænsning af hans beslutning om at være grænsearbejder – en økonomisk frihed, som imidlertid er sikret ved artikel 45 TEUF.

112 — Jf. artikel 1, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16.12.1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EFT 1997 L 18, s. 1).

113 — Punkt 122 ovenfor.

157. Hvorvidt det ville medføre, at han ophører med at arbejde i udlandet, er mindre sikkert. Ud over den omstændighed, at en sådan beslutning ville medføre, at han mister de midler, hvormed han forsørger sin familie, herunder G, ville det ikke styrke G's opholdsmæssige position i Nederlandene.

Efterskrift

158. Uanset om Domstolen er enig i min analyse i dette forslag til afgørelse, vil jeg opfordre den til at benytte lejligheden i forbindelse med disse to præjudicielle forelæggelser til at udforme en klar og overskuelig vejledning med hensyn til, under hvilke omstændigheder en tredjelandstatsborger, som er familiemedlem til en unionsborger, der har bopæl i sit hjemland, men som udøver sin ret til fri bevægelighed, på grundlag af EU-retten kan gøre krav på afledt opholdsret i hjemlandet.

Forslag til afgørelse

159. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Raad van States spørgsmål besvares således:

I sag C-456/12, O

- »1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område finder ikke direkte anvendelse på unionsborgere, der vender tilbage til den medlemsstat, hvor de er statsborgere. Den medlemsstat, hvor de er statsborgere, må dog ikke indrømme disse unionsborgere en mindre gunstig behandling end den, som de på grundlag af EU-retten har krav på i den medlemsstat, hvorfra de flyttede til den medlemsstat, hvor de er statsborgere. Følgelig opstiller direktiv 2004/38 indirekte mindtestandarden for den behandling, som skal indrømmes en unionsborger og dennes familiemedlemmer, når unionsborgeren vender tilbage til den medlemsstat, hvor han er statsborger.
- 2) EU-retten kræver ikke, at en unionsborger skal have haft ophold i en anden medlemsstat i en mindsteperiode, for at hans familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, kan gøre krav på afledt opholdsret i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger, og som han derefter vender tilbage til.
- 3) En unionsborger udøver sin ret til ophold i en anden medlemsstat, hvis han gør denne medlemsstat til det sted, hvor han har sit sædvanlige interessecentrum. Under forudsætning af at dette kriterium er opfyldt, efter at der er taget hensyn til alle relevante omstændigheder, er det i denne henseende ikke relevant, hvorvidt den pågældende unionsborger bibeholder en anden form for bopæl i et andet land, eller hvorvidt hans fysiske tilstedeværelse i bopælsmedlemsstaten afbrydes med regelmæssige eller uregelmæssige mellemrum.
- 4) Såfremt der forløber et tidsrum, fra unionsborgeren vender tilbage til den medlemsstat, hvor han er statsborger, til hans familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, ankommer til denne medlemsstat, fortaber familiemedlemmet ikke sin ret til afledt opholdsret i denne medlemsstat, forudsat at beslutningen om at slutte sig til unionsborgeren er truffet under udøvelse af deres ret til et familieliv.«

I sag C-457/12, S

»Når en unionsborger, der har bopæl i den medlemsstat, hvor han er statsborger, udøver retten til fri bevægelighed i forbindelse med sin beskæftigelse, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt hans familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, har ret til ophold i denne stat, af, hvor tæt deres familiemæssige tilknytning til unionsborgeren er, og af årsagssammenhængen mellem familiens

opholdssted og unionsborgerens udøvelse af retten til fri bevægelighed. Familiemedlemmet skal navnlig indrømmes opholdsret, hvis et afslag herpå ville foranledige unionsborgeren til at søge anden beskæftigelse, som ikke indebærer udøvelse af retten til fri bevægelighed, eller ville foranledige ham til at flytte til en anden medlemsstat. Det er i denne henseende ikke relevant, hvorvidt unionsborgeren er grænsearbejder eller udøver retten til fri bevægelighed med henblik på at opfylde betingelserne i den ansættelseskontrakt, som han har indgået med en arbejdsgiver, der er hjemmehørende i den medlemsstat, hvor han er statsborger og har bopæl.«