

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

V. TRSTENJAK

fremsat den 17. februar 2010<sup>1</sup>

1. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse stiller Court of Appeal (herefter »den forelæggende ret«) på ny spørgsmål til Domstolen om fortolkning af artikel 16 i 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, 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<sup>2</sup>. Denne artikels stk. 1, første punktum bestemmer, at unionsborgere, der lovligt har haft ophold i fem år i træk i værtsmedlemsstaten, har ret til tidsubegrænset ophold på dens område.

har afsagt dom den 7. oktober 2010<sup>3</sup>. Også i den foreliggende sag drejer det sig om spørgsmålet, om opholdsperioder, der er afsluttet før udløbet af fristen for gennemførelse af direktivet den 30. april 2006, skal tages i betragtning inden for rammerne af direktivets artikel 16. Den foreliggende sag rejser imidlertid det videregående spørgsmål, om der også kan opstå en ret til tidsubegrænset ophold for en unionsborger, hvis hun først lovligt og uafbrudt har opholdt sig i værtsmedlemsstaten og der i forlængelse heraf ligger et tidsrum på knap et år, hvor der ganske vist ikke forelå en ret til ophold i henhold til de tidsmæssigt gældende bestemmelser i EU-retten, men hvor unionsborgeren var indehaver af et opholdsbevis, der var udstedt og ikke tilbagekaldt af de nationale myndigheder. Den foreliggende sag giver Domstolen lejlighed til at videreudvikle sin praksis med hensyn til direktivets artikel 16.

2. Den foreliggende sag udviser en tæt forbindelse til Lassel-sagen, i hvilken Domstolen

1 — Originalsprog: tysk. Processprog: engelsk.

2 — EUT L 158, s. 77, berigtigede udgaver: EUT 2004 L 229, s. 35, og EUT 2007 L 204, s. 28.

3 — Sag C-162/09, Sml. I, s. 9217.

## I — Relevante retsregler

### A — EU-retten<sup>4</sup>

#### 1. Den primære ret

#### 3. Artikel 12, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.«

#### 4. Artikel 18 EF bestemmer:

»1. Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes områder med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat og i gennemførelsesbestemmelserne hertil.

<sup>4</sup> — I tilknytning til de i TEU og TEUF anvendte betegnelser anvendes begrebet »EU-retten« som samlet betegnelse for fællesskabsretten og EU-retten. I det omfang det i det følgende drejer sig om enkelte primærretlige bestemmelser, anføres de i den pågældende periode gældende bestemmelser.

2. Såfremt en handling fra Fællesskabets side viser sig påkrævet for at nå dette mål, og denne traktat ikke indeholder fornøden hjemmel hertil, kan Rådet vedtage bestemmelser, der skal gøre det lettere at udøve de rettigheder, der er nævnt i stk. 1. Det træffer afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251.

3. Stk. 2 finder ikke anvendelse på bestemmelser vedrørende pas, identitetskort, opholdsbeviser eller andre dokumenter, der er sidestillet hermed, og heller ikke på bestemmelser vedrørende social sikring eller social beskyttelse.«

#### 2. Afledt ret

##### a) Direktiv 2004/38

5. Første til tredje betragtning til direktiv 2004/38 lyder som følger:

»(1) Unionsborgerskabet giver med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaten og i gennemførelsesbestemmelserne hertil, alle unionsborgere en primær og individuel ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.

(2) Den frie bevægelighed for personer er en af de grundlæggende friheder i det indre marked, der indebærer et område uden indre grænser, hvor denne frihed sikres i overensstemmelse med traktatens bestemmelser.

med de betingelser, der er fastsat i dette direktiv, i en uafbrudt periode på fem år, og der ikke er truffet nogen udsendelsesforanstaltning.

(3) Unionsborgerskab bør være udgangspunktet for medlemsstaternes statsborgere, når de udøver deres ret til fri bevægelighed og ophold. Det er derfor nødvendigt at kodificere og foretage en gennemgang af eksisterende fællesskabsinstrumenter, der omhandler arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende, samt studerende og andre ikke-erhvervsaktive personer med henblik på at forenkle og styrke unionsborgernes ret til fri bevægelighed og ophold.«

(18) For at være et egentligt middel til integration i samfundet i den værtsmedlemsstat, hvor unionsborgeren har taget ophold, bør retten til tidsubegrænset ophold, når den én gang er opnået, ikke være underkastet betingelser.«

7. Artikel 7 i direktiv 2004/38 lyder:

»Retten til ophold i mere end tre måneder

6. 17. og 18. betragtning til direktiv 2004/38 er formuleret således:

1. Enhver unionsborger har ret til at opholde sig på en anden medlemsstats område i mere end tre måneder, hvis den pågældende:

»(17) Tidsubegrænset ophold for unionsborgere, der har valgt at slå sig varigt ned i værtsmedlemsstaten, styrker følelsen af unionsborgerskab og er en afgørende faktor med hensyn til at fremme den sociale samhørighed, der er et af Unionens grundlæggende mål. Alle unionsborgere og deres familiemedlemmer bør derfor sikres ret til tidsubegrænset ophold, når de har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i overensstemmelse

a) er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten, eller

b) råder over tilstrækkelige midler til sig selv og sine familiemedlemmer, således at opholdet ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system, og

er omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, eller

d) påbegynder en erhvervsuddannelse. Medmindre personen er uforskyldt arbejdsløs, kan status som arbejdstager dog kun bevares, hvis der er en forbindelse mellem den tidligere erhvervsmæssige beskæftigelse og den omhandlede uddannelse.«

[...]

3. Med henblik på anvendelsen af stk. 1, litra a), bevarer en unionsborger, der ikke længere er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, sin status som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, hvis den pågældende:

a) er midlertidig uarbejdsdygtig som følge af sygdom eller ulykke

b) er uforskyldt arbejdsløs efter at have haft lønnet beskæftigelse i mere end et år, og dette er behørigt konstateret, og vedkommende tilmelder sig arbejdsformidlingen som arbejdssøgende

c) er uforskyldt arbejdsløs efter udløbet af en tidsbegrænset ansættelseskontrakt af mindre end et års varighed eller uforskyldt har mistet sit arbejde i løbet af de første tolv måneder, og dette er behørigt konstateret, og den pågældende tilmelder sig arbejdsformidlingen som arbejdssøgende. I det tilfælde bevarer den pågældende sin status som arbejdstager i mindst seks måneder

8. Direktivets artikel 14, stk. 3, bestemmer:

»Unionsborgeres og deres familiemedlemmers benyttelse af værtsmedlemsstatens sociale system må ikke automatisk medføre foranstaltninger til udsendelse af de pågældende personer.«

9. Direktivets artikel 16 indeholder de generelle regler om retten til tidsbegrænset ophold. Artiklen bestemmer:

»Generelle regler for unionsborgere og deres familiemedlemmer

1. Unionsborgere, der lovligt har haft ophold fem år i træk i værtsmedlemsstaten, har ret til tidsbegrænset ophold på dens område. Denne ret er ikke underlagt betingelserne i kapitel III.

[...]

3. Opholdets uafbrudte karakter berøres ikke af midlertidige fravær, der ikke tilsammen overstiger seks måneder om året, og heller ikke af fravær af længere varighed på grund af værnepligt, eller af ét fravær på højst 12 på hinanden følgende måneder af vægtige grunde som f.eks. graviditet og fødsel, alvorlig sygdom, studier eller erhvervsuddannelse eller udstationering på en anden medlemsstats område eller i et tredjeland.

4. Når der er opnået ret til tidsubegrænset ophold, mistes denne ret kun ved fravær fra værtsmedlemsstaten af en varighed på to på hinanden følgende år.«

10. Direktivets artikel 24 fastsætter:

»Ligebehandling

1. Med forbehold af specifikke bestemmelser, der udtrykkeligt fremgår af traktaten og den afledte ret, anvendes traktatens bestemmelser uden forskelsbehandling på alle unionsborgere, der i henhold til dette direktiv opholder sig i værtsmedlemsstaten, og på værtsmedlemsstatens egne statsborgere. Denne ligebehandling gælder også familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, men som har ret til ophold eller ret til tidsubegrænset ophold.

2. Uanset stk. 1 er værtsmedlemsstaten ikke forpligtet til at tillægge ret til sociale ydelser i de første tre måneder af et ophold eller eventuelt i den længere periode, der er omhandlet i artikel 14, stk. 4, litra b), eller til, forud for erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold, at yde studiestøtte, herunder støtte til erhvervsuddannelse, i form af stipendier eller lån, til andre personer end arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og personer, der har bevaret denne status, samt deres familiemedlemmer.«

11. Direktivets artikel 37 bestemmer:

»Gunstigere nationale bestemmelser

Dette direktiv berører ikke love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne, der er gunstigere for de personer, der er omfattet af dette direktiv.«

12. Direktivets artikel 38 bestemmer:

»Ophævelse

1. Artikel 10 og 11 i forordning (EØF) nr. 1612/68 ophæves med virkning fra 30. april 2006.

2. 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 ophæves med virkning fra 30. april 2006.

3. Henvisninger til de ophævede bestemmelser betragtes som henvisninger til dette direktiv.«

13. I henhold til direktivets artikel 40, stk. 1, skal medlemsstaterne sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv inden den 30. april 2006.

b) Direktiv 68/360

14. Artikel 4, stk. 1 og 2, i Rådets direktiv 68/360/EØF af 15. oktober 1968 om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer<sup>5</sup> bestemmer:

»1. Medlemsstaterne anerkender ret til ophold inden for deres område for de i artikel 1 nævnte personer, som foreviser den i stk. 3 nævnte dokumentation.

5 — EFT 1968 II, s. 477.

2. For ret til ophold udstedes der en tilladelse benævnt »opholdsbevis for statsborgere i en EØF-medlemsstat«. Denne tilladelse skal forsynes med påtegning om, at den er udstedt i henhold til forordning (EØF) nr. 1612/68 og de bestemmelser, som medlemsstaterne har udstedt i henhold til dette direktiv. Ordlyden af denne påtegning fremgår af bilaget til dette direktiv.«

15. Artikel 6, stk. 1, i direktiv 68/360 bestemmer:

»Opholdsbeviset

a) skal gælde for hele den udstedende medlemsstats område

b) skal have gyldighed i mindst fem år regnet fra tidspunktet for udstedelsen og skal uden videre forlænges.«

16. Artikel 7, stk. 1, i direktiv 68/360 fastsætter:

»Et gyldigt opholdsbevis kan ikke fratages en arbejdstager udelukkende med den begrundelse, at han ikke længere har beskæftigelse enten som følge af midlertidig arbejdsudygtighed på grund af sygdom eller ulykke eller som følge af uforskyldt arbejdsløshed behørigt bekræftet af den kompetente arbejdsmarkedsmyndighed.«

B — *Nationale regler*

fra udlandet, således at personer fra udlandet ikke har nogen ret til indkomststøtte.

17. I henhold til den relevante nationale lovgivning er indkomststøtte (income support) en indtægtsbestemt ydelse til personer mellem 16 og 59 år, som ikke er underlagt et krav om at stå til rådighed for arbejdsmarkedet, f.eks. fordi de er langt henne i et graviditetsforløb, uarbejdsdygtige eller eneforsørgere.

18. Retten til indkomststøtte er fastsat i Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (herefter »1992-loven«). I henhold til section 124(1)(b), i 1992-loven er det en betingelse for at opnå ret til indkomststøtte, at den pågældende persons indkomst ikke overstiger det »gældende beløb«, der defineres som »det beløb eller de samlede beløb, som er foreskrevet for den pågældende ydelse« (section 135(1) i 1992-loven). I henhold til section 135(2) i 1992-loven omfatter beføjelsen til at fastsætte de gældende beløb også en beføjelse til at fastsætte et beløb på nul.

19. I henhold til Regulation 21 og 21AA og bilag 7 i Income Support (General) Regulations 1987 (herefter »1987-bekendtgørelsen«) udgør det gældende beløb nul for personer

20. Begrebet »en person fra udlandet« defineres i Regulation 21AA(1) i 1987-bekendtgørelsen som »en ansøger, der ikke har sædvanligt opholdssted i Det Forenede Kongerige, Kanaløerne, Øen Man eller Republikken Irland«.

I henhold til stk. 2 i samme bestemmelse skal ingen ansøger behandles som havende sædvanligt opholdssted i Det Forenede Kongerige, på Kanaløerne, på Øen Man eller i Republikken Irland, medmindre den pågældende har en anden ret til at opholde sig i Det Forenede Kongerige, på Kanaløerne, på Øen Man eller i Republikken Irland, end en ret til ophold, som henhører under stk. 3.

21. I henhold til stk. 3 i denne Regulation er navnlig følgende kategorier af opholdsret udelukket:

- opholdsret, som beror på den ret, en unionsborger har til ophold i en anden stat end sin egen i en første periode på tre måneder

- opholdsret, som beror på den ret, en unionsborger har til ophold efter denne periode, for så vidt de er jobsøgende eller familiemedlemmer.
- Fra sommeren 2002 til 17. april 2003 (herefter »anden periode«) var hun på barselsorlov. Hendes yngste barn blev født den 7. oktober 2002.

22. Stk. 4 i samme Regulation bestemmer, at visse personer ikke skal betragtes som »personer fra udlandet« og derfor er omfattet af retten til indkomststøtte. Herunder hører navnlig unionsborgere, der er arbejdstagere eller på anden måde selvforsørgende.

- Efter udløbet af barselsorloven besluttede hun frivilligt midlertidigt ikke at vende tilbage til sin arbejdsplads, men passede sit yngste barn fra 18. april 2003 til 25. april 2004 (herefter »tredje periode«). I denne periode modtog hun indkomststøtte i henhold til de nationale bestemmelser, der var gældende på det tidspunkt<sup>6</sup>.

## II — De faktiske omstændigheder og sagen for den forelæggende ret

23. Maria Dias er portugisisk statsborger. Hun er ugift. Maria Dias ankom til Det Forenede Kongerige i januar 1998 med sine to børn, hvor hun omgående fik et job. De to børn, som hun ankom sammen med, er nu voksne og flyttet hjemmefra.

- Fra 26. april 2004 til 23. marts 2007 (herefter »fjerde periode«) vendte hun tilbage til sin arbejdsplads og var dermed på ny arbejdstager.

- Siden 24. marts 2007 (herefter »femte periode«) er Maria Dias atter uden arbejde.

25. Den 13. maj 2000 (altså i første periode) udstedte Home Office (indenrigsministeriet) et opholdsbevis til Maria Dias. Det lød således:

»Opholdsbevis for statsborgere i en EØF-medlemsstat

24. Maria Dias' ophold i Det Forenede Kongerige kan opdeles i følgende afsnit:

Dette opholdsbevis er udstedt i henhold til Rådet for De Europæiske Fællesskabers forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 og de til gennemførelse af Rådets direktiv af 15. oktober 1968 direktiv 68/360 fastsatte bestemmelser.

- Fra januar 1998 til sommeren 2002 (herefter »første periode«) var hun arbejdstager.

<sup>6</sup> — Disse nationale bestemmelser er i mellemtiden blevet ændret, jf. punkt 17-22 ovenfor.



I henhold til bestemmelserne i den nævnte forordning har indehaveren af dette opholdsbevis ret til at søge og udøve beskæftigelse i Det Forenede Kongerige på samme vilkår som arbejdstagere, der er statsborgere i Det Forenede Kongerige.

Opholdsbeviset bedes fremvist for Immigration Officer ved indrejse i eller udrejse fra Det Forenede Kongerige.«

26. Dokumentet var gyldigt fra udstedelsesdatoen den 13. maj 2000 og frem til den 13. maj 2005. Bestemmelser, der var trykt på dokumentet, oplyste navnlig indehaveren om, at:

»Dette opholdsbevis er gyldigt for perioden af opholdet i Det Forenede Kongerige. Perioden er, medmindre andet bestemmes, gældende for enhver efterfølgende tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige, som opnås efter en fraværperiode fra Det Forenede Kongerige inden for dette opholdsbevis' gyldighedsperiode.«

27. Den 26. marts 2007, altså i femte periode og efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2004/38 den 30. april 2006, ansøgte Maria Dias om indkomststøtte. Ifølge de nationale regler, der fandt tidsmæssig anvendelse på dette tidspunkt, afhænger udfaldet af hendes ansøgning om indkomststøtte af, om hun på det tidspunkt allerede havde ret

til tidsubegrænset ophold i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

28. Efter at Maria Dias havde fået afslag på sin ansøgning, klagede hun til Social Security Commissioners. Social Security Commissioners fastslog, at Maria Dias ansøgning om indkomststøtte var begrundet, idet hun havde ret til tidsubegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38. Ganske vist kunne Maria Dias' ophold i første og anden periode, altså fra begyndelsen af januar 1998 indtil den 17. april 2003, ikke tages i betragtning. Inden for rammerne af artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 kan der nemlig kun tages hensyn til ophold, der ophørte efter den 30. april 2006, dvs. efter udløbet af fristen for gennemførelse af dette direktiv. Derimod kunne Maria Dias' ophold i tredje og fjerde periode tages i betragtning. Ganske vist var Maria Dias i tredje periode hverken arbejdstager eller selvforsørgende. Men det opholdsbevis, som de nationale myndigheder havde udstedt til hende, gav hende ret til ophold. Desuden havde hun i denne periode også en ret til ophold, der kan udledes direkte af artikel 18 EF.

29. Secretary of State indbragte Social Security Commissioners afgørelse for den forelæggende ret, og Maria Dias indgav kontrappel. I sin forelæggelsesafgørelse har den

forelæggende ret fastslået følgende foreløbige konklusion:

den udsat sin endelige afgørelse og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

30. For det første er retten nået til den foreløbige konklusion, at både artikel 16, stk. 1, og artikel 16, stk. 4, i direktiv 2004/38 finder anvendelse på ophold, der ophørte før den 30. april 2006, for så vidt disse ophold var i overensstemmelse med den dagældende fællesskabslovgivning. Da Maria Dias har opholdt sig lovligt i Det Forenede Kongerige fra begyndelsen af januar 1998 til den 17. april 2003 i mere end fem år i træk, jf. direktivets artikel 16, stk. 1, opnåede hun den 30. april 2006 ret til tidsubegrænset ophold. Retten har imidlertid udsat sin endelige afgørelse om dette punkt, indtil Domstolen har afsagt dom i Lassal-sagen.

31. Endvidere har den forelæggende ret behandlet spørgsmålet om, hvorvidt også tredje periode udgør et lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1. Maria Dias var i denne periode ikke arbejdstager. Den blotte omstændighed, at det opholdsbevis, Maria Dias havde fået fra de nationale myndigheder, gjaldt for denne periode, er ikke tilstrækkelig til at anse denne periode for lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38. Men da retten stadig er i tvivl, har

»Såfremt en EU-statsborger, der opholder sig i en medlemsstat, hvor hun ikke er statsborger, før gennemførelsen af direktiv 2004/38 var indehaver af et opholdsbevis, der var gyldigt udstedt i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 68/360/EØF, men som i en periode i opholdsbevisets løbetid var frivilligt arbejdsløs, ikke selvforsørgende og ikke opfyldte betingelserne for udstedelsen af et sådant opholdsbevis, forblev den pågældende da alene på grund af sin indehavelse af opholdsbeviset en person, som »har haft lovligt ophold« i værtsmedlemsstaten, således at der senere har kunnet opnås en tidsubegrænset ret til ophold i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38?«

32. I tilfælde af, at der ikke kan udledes nogen ret til tidsubegrænset ophold af artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, stiller den forelæggende ret sig det spørgsmål, om Maria Dias også kan udlede en ret til opholdsret direkte af artikel 18 EF, og har derfor stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Såfremt fem års ophold i træk som arbejdstager før den 30. april 2006 ikke afgiver grundlag for den tidsubegrænsede ret til ophold,

der er indført ved artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, medfører et sådant uafbrudt ophold som arbejdstager en ret til tidsubegrænset ophold direkte i henhold til EU-traktatens artikel 18, stk. 1, på baggrund af, at der er en lakune i direktivet?»

### III — Retsforhandlingerne for Domstolen

33. Der er indgivet skriftlige indlæg af Maria Dias, Det Forenede Kongerige, Den Portugisiske Republik, Kongeriget Danmark og Kommissionen inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i statuten for Domstolen.

34. Den 16. december 2010 fandt en mundtlig forhandling sted, som repræsentanter for Maria Dias, Det Forenede Kongerige og Kommissionen har deltaget i.

### IV — Procesdeltagernes vigtigste anbringender

*A — Hensyntagen til ophold, der ophørte før den 30. april 2006*

35. Ifølge *Maria Dias, den portugisiske regerings og Kommissionens* opfattelse skal der

inden for rammerne af direktivets artikel 16, stk. 1, også tages hensyn til ophold, der ophørte før den 30. april 2006. Maria Dias har dermed opfyldt betingelserne i direktivets artikel 16, stk. 1, idet hun fra begyndelsen af januar 1998 til den 17. april 2003 har opholdt sig lovligt i mere end fem år i træk i Det Forenede Kongerige og dermed har nået den integrationsgrad, der kræves til erhvervelse af retten til tidsubegrænset ophold. Maria Dias henviser til den fremstilling, som *Child Poverty Action Group* har givet som procesdeltager i Lassal-sagen, og Kommissionen henviser til sine egne indlæg i samme sag. Den portugisiske regering påpeger, at direktiv 2004/38 har kodificeret de bestemmelser, der eksisterede før dets ikrafttræden. Ifølge tredje betragtning til direktivet består dets formål i at forenkle og styrke retten til fri bevægelighed og ophold. Direktivet kan derfor ikke fortolkes således, at det udgør en begrænsning i forhold til de allerede eksisterende rettigheder.

36. Under den mundtlige forhandling har *Det Forenede Kongeriges regering* gjort klart, at den som reaktion på Lassal-dommen nu også lægger til grund, at der kan tages hensyn til Maria Dias' ophold i første og anden periode, og at Maria Dias dermed har opnået ret til tidsubegrænset ophold.

37. Efter *den danske regerings* opfattelse kan der i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv

2004/38 ikke tages hensyn til opholdsperioder, der er ophørt før den 30. april 2006. Det er ikke et utilsigtet hul i direktivets regler, når det ikke indeholder nogen hensyntagen til ophold før den 30. april 2006, men derimod en afgørelse, som EU-lovgiver bevidst har truffet. Retten til opnåelse af tidsbegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38 er nemlig en ny retting, som først blev indført med direktivet.

at tage hensyn til et ophold, som ganske vist ikke er lovligt efter de EU-retlige bestemmelser, men som er det efter de nationale regler. De nationale myndigheder havde i henhold til artikel 6 i direktiv 68/360 udstedt et opholdsbevis til hende, som var gyldig i tredje periode. Derfor opholdt hun sig lovligt i Det Forenede Kongerige i tredje periode. Herfor taler en sammenligning af bestemmelserne i direktiv 68/360 med artikel 1 og 3 i Rådets direktiv 90/364/EØF af 28. juni 1990 om opholdsret<sup>7</sup>. Man kan heller ikke indvende herimod, at et opholdsbevis efter artikel 6 i direktiv 68/360 ifølge retspraksis kun har deklatorisk karakter. Af denne retspraksis fremgår nemlig kun, at en opholdsret, der er begrundet i EU-retten, ikke afhænger af, at den nationale procedure er overholdt, men ikke, at det modsætningsvis kan sluttes, at et nationalt opholdsbevis er uden betydning. Endvidere er det i det foreliggende tilfælde ikke bestemmelserne om registrering i henhold til artikel 8 i direktiv 2004/38, der skal tages hensyn til, men kun bestemmelserne om opholdsbevis ifølge direktiv 68/360. Endvidere fremgår det hverken af direktivets artikel 16 eller af 17. betragtning til direktivet, at det til et lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1, kræves, at betingelserne i dets artikel 7 skal være opfyldt. Direktivet må efter sit indhold og formål heller ikke fortolkes snævert. Især må det ikke fortolkes sådan, at virkningen af artikel 18 EF eller af det formål, der forfølges med denne artikel, om at fremme den sociale samhørighed dermed begrænses. Endelig er der ikke nogen sammenhæng mellem artikel 16 og

#### B — *Det første spørgsmål*

38. Ifølge *Maria Dias* og *den portugisiske regerings* opfattelse opholdt Maria Dias sig i tredje periode lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

39. Maria Dias påberåber sig for første, at ordlyden af denne bestemmelse også tillader

<sup>7</sup> — EFT L 180, s. 26.

artikel 7 i direktiv 2004/38, således at der inden for rammerne af den førstnævnte artikel ikke nødvendigvis skal tages hensyn til et ophold ifølge den sidstnævnte.

40. Ifølge den portugisiske regerings opfattelse har Maria Dias ikke mistet sin status som arbejdstager i tredje periode. Ganske vist var hun frivilligt arbejdsløs. Men da hun gjorde det med det formål at kunne passe sit seks måneder gamle barn, vedblev hun med at være integreret på arbejdsmarkedet i Det Forenede Kongerige. Det nationale opholdsbevis bekræftede blot den ret, der fulgte af hendes genskab som arbejdstager.

41. Ifølge *Det Forenede Kongeriges regering, den danske regering og Kommissionens* opfattelse var Maria Dias' ophold i tredje periode ikke et lovligt ophold som omhandlet i artikel 16 i direktiv 2004/38. Det er her ikke tilstrækkeligt, at hendes ophold havde hjemmel i et opholdsbevis udstedt af de nationale myndigheder.

42. For det første har den danske regering og Kommissionen gjort gældende, at dette fremgår af 17. betragtning til direktivet, ifølge hvilken et ophold som omhandlet i direktivets

artikel 16, stk. 1, skal foregå i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i dette direktiv. Endvidere opnår unionsborgere i henhold til direktivets artikel 14, stk. 2, kun opholdsret, når de opfylder de i direktivets artikel 7 anførte betingelser. Desuden har den danske regering påpeget, at direktivet konsoliderer den EU-retlige opholdsret, der eksisterede tidligere. Endelig har Kommissionen fremhævet, at retten til tidsubegrænset ophold i henhold til direktivets artikel 16, stk. 1, er den mest gunstige status, en unionsborger fra en anden medlemsstat kan opnå og derfor forudsætter en høj grad af integration.

43. For det andet har Det Forenede Kongeriges regering, den danske regering og Kommissionen påpeget, at det opholdsbevis, som de nationale myndigheder har udstedt, ikke er relevant. Et sådant opholdsbevis anerkender nemlig kun deklaratorisk, at Maria Dias er indehaver af en opholdsret med hjemmel i de hertil svarende EU-retlige bestemmelser. I tilfælde af frivillig arbejdsløshed kan en medlemsstat nemlig inddrage opholdsbeviset. Maria Dias' ophold i tredje periode kan imidlertid ikke anses for lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, blot fordi de nationale myndigheder ikke har inddraget hendes opholdsbevis. I modsat fald ville medlemsstaterne til stadighed skulle overvåge, om betingelserne for udstedelsen af opholdstilladelsen fortsat forelå. Dette ville udgøre en uforholdsmæssig belastning for de nationale myndigheder og medføre en risiko

for forskelsbehandling af unionsborgere fra andre medlemsstater.

stk. 1, i direktiv 2004/38. Derimod kan der antages at foreligge et lovligt ophold i denne bestemmelses forstand, hvis de nationale myndigheder bevidst tillader en unionsborgers ophold ud over de EU-retlige bestemmelser.

44. For det tredje taler det efter den danske regerings opfattelse mod at tage hensyn til et ophold med hjemmel i et af de nationale myndigheder udstedt opholdsbevis, at artikel 8 i direktiv 2004/38 giver mulighed for at stille krav om registrering af unionsborgere for et ophold i værtslandet ud over tre måneder. Hvis der blev taget hensyn til en sådan registrering ved bedømmelsen af opholdets lovlighed, ville begrebet lovlighed fortolkes forskelligt, alt efter om en medlemsstat gør brug af den mulighed, som direktivets artikel 8 giver, eller ikke. Det Forenede Kongeriges regering tilføjer i denne sammenhæng, at formålet med artikel 8 i direktiv 2004/38 er at skaffe overblik over ind- og udvandring.

45. For det fjerde har Kommissionen i tilfælde af, at Domstolen ikke er enig i dens opfattelse, subsidiært gjort gældende, at der i så fald må sondres mellem to situationer. Såfremt de nationale myndigheder ikke ved, at betingelserne for den EU-retligt begrundede opholdsret ikke længere foreligger, kan den fortsatte accept af opholdet ikke begrunde et lovligt ophold som omhandlet i artikel 16,

46. For det femte har Kommissionen tilføjet, at et ophold som det i tredje periode ganske vist ikke var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, men at det ikke afbryder opholdet i denne bestemmelses forstand. Direktivet indeholder ingen regler for et tilfælde som det foreliggende, hvor en unionsborger opholder sig varigt i opholdsmedlemsstaten, men således, at den pågældende i en vis periode ikke har opfyldt betingelserne for et lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1. Derimod indeholder direktivets artikel 16, stk. 3, en særlig bestemmelse, ifølge hvilken et fravær af et bestemt omfang ikke afbryder opholdet, men blot »sætter uret i stå«. Det er rimeligt også at anvende denne tankegang på et ophold som det i tredje periode. I modsætning til andre perioder, i hvilke en unionsborger rejser væk fra værtslandet, reducerer en sådan periode nemlig ikke det opnåede integrationsniveau. Dette er også foreneligt med EU-lovgivers hensigt. For enten har EU-lovgiver anset det for indlysende, at en periode med frivillig arbejdsløshed ikke afbryder opholdet, og har

derfor ikke fastsat nogen regel. Eller også har EU-lovgiver simpelt hen glemt dette punkt. I så fald skal direktivet i lyset af artikel 18 EF fortolkes i overensstemmelse med den primære ret. En fortolkning, hvorefter en periode med arbejdsløshed afbryder opholdet, er nemlig uforholdsmæssig.

#### C — Det andet spørgsmål

47. Såfremt Maria Dias efter Domstolens opfattelse ikke har opnået ret til tidsubegrænset ophold i henhold til direktivets artikel 16, stk. 1, mener *Maria Dias, den portugisiske regering og Kommissionen*, at der direkte af artikel 18 EF kan udledes en ret til tidsubegrænset ophold for Maria Dias. Direktiv 2004/38 regulerer ikke udtømmende unionsborgernes ret til fri bevægelighed. Derfor finder artikel 18 EF direkte anvendelse i de tilfælde, hvor direktiv 2004/38 ikke fastsætter nogen opholdsret, men hvor det er uforholdsmæssigt ikke at fastsætte en sådan. I Maria Dias' tilfælde, som har arbejdet i mere end fem år i Det Forenede Kongerige, er det uforholdsmæssigt ikke at give hende en sådan opholdsret.

48. Efter *Det Forenede Kongeriges og den danske regerings* opfattelse kan der ikke direkte af artikel 18 EF udledes nogen ret til tidsubegrænset ophold for Maria Dias. Retten til tidsubegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38 er ny og er udtrykkeligt underlagt de begrænsninger og betingelser, der er anført i denne bestemmelse. For så vidt en unionsborger ikke opfylder betingelserne i artikel 16 i direktiv 2004/38, foreligger der ikke noget hul i reglerne, der skal lukkes ved direkte anvendelse af artikel 18 EF. I henhold til artikel 18 EF anerkendes retten til ophold nemlig kun med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaten. Derfor er EU-lovgiver enekompetent til at bestemme de regler og betingelser, der finder anvendelse på opholdsretten. Ganske vist skal EU-lovgiver her tage hensyn til proportionalitetsprincippet. Men der er intet uforholdsmæssigt i at underlægge retten til tidsubegrænset ophold de i direktiv 2004/38 fastsatte betingelser.

49. Den danske regering har tilføjet, at anvendelsesområdet for artikel 18, stk. 1, EF skal begrænses til ophold, der er fastsat i EU-retten. Ganske vist har Domstolen udvidet anvendelsesområdet for artikel 18 EF til også at gælde et opholdsbevis, der er udstedt på grundlag af national ret. Men det fremgår ikke af den præjudicielle anmodning, at der har foreligget et sådant opholdsbevis.

**V — Formaliteten med hensyn til den præjudicielle anmodning**

50. Under den mundtlige forhandling indrømmede Det Forenede Kongeriges regering, at Maria Dias har ret til tidsubegrænset ophold. Den gjorde det for det første dog klart, at sagen endnu verserer for den forelæggende ret, og for det andet, at Secretary of State ikke har afgivet nogen hermed overensstemmende forklaring i hovedsagen. Når retten i hovedsagen ikke har taget stilling til dommen i Lassal-sagen, er grunden sandsynligvis den, at denne sag er udsat, indtil Domstolen har afsagt dom i den foreliggende sag. Den forelæggende ret har desuden ikke anset det første præjudicielle spørgsmål for hypotetisk.

51. Den omstændighed, at Det Forenede Kongeriges regering som reaktion på Lassal-dommen har ændret sin retsopfattelse og nu lægger til grund, at Maria Dias er berettiget til tidsubegrænset ophold, medfører ikke, at Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål bortfalder.

52. For det første skal det påpeges, at den præjudicielle procedure i henhold til artikel 267 TEUF er et samarbejde mellem

Domstolen og de nationale retter, hvor parterne ikke kan gribe ind i sagsbehandlingen<sup>8</sup>. At Det Forenede Kongeriges regering har givet møde under den mundtlige forhandling for Domstolen, er dermed i sig selv ikke relevant. Først når Domstolen underrettes af den forelæggende ret om, at hovedsagen er afsluttet, bortfalder Domstolens kompetence.

53. For det andet kan det heller ikke antages, at de spørgsmål, der er stillet i anmodningen, klart er uden betydning for afgørelsen. I den foreliggende sag rejser der sig nemlig det spørgsmål, hvilken virkning Maria Dias' ophold i tredje periode har, i hvilken hun var frivilligt arbejdsløs, men havde et gyldigt opholdsbevis. Svaret på dette spørgsmål afhænger navnlig af, om Maria Dias's ophold i tredje periode var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38. Den forelæggende ret har i sin anmodning ikke blot stillet de to udtrykkeligt formulerede spørgsmål, men også ønsket oplyst, om direktivets artikel 16, stk. 1, kræver, at der tages hensyn til Maria Dias' ophold i første og anden periode. I lyset af forløbet i Lassal-sagen har den forelæggende ret imidlertid set bort fra den nye situation med hensyn til dette præjudicielle spørgsmål. Da den foreliggende sag udviser særlige træk

8 — Jf. i denne retning dom af 1.3.1973, sag 62/72, Bollmann, Sml. s. 269, præmis 4, af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 31, og af 12.2.2008, sag C-2/06, Kempfer, Sml. I, s. 411, præmis 41 f.



i forhold til Lassal-sagen, er dette spørgsmål efter min mening ikke blevet endeligt besvaret ved Domstolens dom i Lassal-sagen.

54. Anmodningen om præjudiciel afgørelse bør derfor antages til realitetsbehandling

unionsborgerskabet<sup>9</sup>. Direktivet fastsætter tre trin af opholdsret, for det første i artikel 6 retten til ophold i indtil tre måneder, for det andet i artikel 7 retten til ophold i mere end tre måneder, som hovedsageligt gælder for arbejdstagere, samt for selvstændige erhvervsdrivende eller personer, der skal behandles på tilsvarende vis, og for det tredje retten til tidsubegrænset ophold.

## VI — Retlig vurdering

### A — Indledende bemærkninger

#### 1. Retten til tidsubegrænset ophold

55. Med direktiv 2004/38 har EU-lovgiver i den afledte ret fastlagt en unionsborgers ret til ophold i en anden medlemsstat, som kan udledes af de grundlæggende friheder i den primære ret og af reglerne om

56. Retten til tidsubegrænset ophold, som udgør det højeste integrationstrin for en unionsborger i en værtsmedlemsstat, er udformet i direktivets artikel 16-21. Den hviler på den tanke, at det skal være muligt for en unionsborger, som efter fem års lovligt og varigt ophold i værtsmedlemsstaten i vidt omfang er integreret i denne, fortsat at opholde sig i den, uanset om han efter at have erhvervet denne ret stadig er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller i henhold til direktivets artikel 7 er sidestillet med disse personer.

57. Opholdsrettighederne i direktiv 2004/38 suppleres af princippet om ligebehandling i henhold til direktivets artikel 24.

<sup>9</sup> — Jf. første og anden betragtning til direktivet.

2. De i den foreliggende sag relevante retsspørgsmål

58. I hovedsagen skal den forelæggende ret tage stilling til, om Maria Dias, en portugisisk statsborger, der har opholdt sig i Det Forenede Kongerige siden januar 1998, har et krav på indkomststøtte over for de nationale myndigheder. Det er tilfældet, hvis hun er berettiget til tidsbegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38. Det kommer således an på, om Maria Dias har opholdt sig lovligt i Det Forenede Kongerige i fem år i træk i denne bestemmelses forstand.

59. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har Maria Dias opholdt sig i Det Forenede Kongerige i fem år i træk siden januar 1998. Allerede hendes ophold i første og anden periode, dvs. fra januar 1998 til 17. april 2003, var på mere end fem år. Blot i kraft af denne periode havde Maria Dias derfor den 30. april 2006, dvs. på det tidspunkt, hvor gennemførelsesfristen for direktiv 2004/38 udløb, allerede opholdt sig mere end fem år i træk i Det Forenede Kongerige.

60. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst, om der i henhold til direktivets artikel 16 også skal tages hensyn til Maria Dias' ophold i Det Forenede Kongerige i første og anden periode. Hendes ophold i disse perioder fandt nemlig sted før den 30. april 2006,

dvs. før fristen for gennemførelse af direktivet var udløbet. Da den forelæggende ret allerede har rejst et tilsvarende præjudicielt spørgsmål i Lassal-sagen, har den undladt at rejse dette spørgsmål på ny i den foreliggende sag. Den har dog i sin forelæggelsesafgørelse påpeget, at svaret på det spørgsmål, der er stillet i Lassal-sagen, også er af afgørende betydning for afgørelsen af den tvist, den behandler i den foreliggende sag.

61. Domstolen har i sin dom i Lassal-sagen gjort det klart, at et lovligt ophold som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 ikke kun foreligger, når opholdet er tilbagelagt ifølge selve bestemmelserne i direktiv 2004/38, men også, når der bestod en ret til ophold i overensstemmelse med de EU-retlige bestemmelser, der var gældende på opholdstidspunktet<sup>10</sup>. Maria Dias' ophold i første og anden periode var således også lovligt som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1. I første og anden periode havde Maria Dias som arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 39, stk. 3, litra c), EF, en ret til ophold, der hvilede på EU-retten.

62. Den foreliggende sag udviser imidlertid et særligt træk i sammenligning med Lassal-sagen. Der rejser sig nemlig det spørgsmål, om Maria Dias' fortsatte ophold i tredje periode,

<sup>10</sup> — Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 40.

der efterfulgte første og anden periode, er til hinder for retten til tidsubegrænset ophold. Efter udløbet af hendes barselsorlov i anden periode besluttede Maria Dias nemlig ikke at vende tilbage til sin tidligere arbejdsplads og var dermed frivilligt arbejdsløs i tredje periode, dvs. fra 18. april 2003 til 25. april 2004. Derpå var hun på ny arbejdstager i fjerde periode, dvs. fra 26. april 2004 til 23. marts 2007, og hendes ophold i Det Forenede Kongerige var således lovligt som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1.

- For det andet vil dette være tilfældet, hvis der med henblik på opnåelsen af retten til tidsubegrænset ophold blev taget hensyn til Maria Dias' ophold i første og anden periode, og hendes ophold i tredje periode ikke ville være til hinder for opnåelse af en ret til tidsubegrænset ophold, selv om det ikke skulle være lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

63. Under disse omstændigheder kan det i nedenstående hypoteser antages, at Maria Dias med udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2004/38 den 30. april 2006 har opnået ret til tidsubegrænset ophold:

64. I det følgende vil jeg først undersøge, om Maria Dias' ophold i tredje periode var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 (B). Derefter vil jeg videre undersøge, om det i et tilfælde som det foreliggende gælder, at Maria Dias' ophold i tredje periode, der ikke er lovligt som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1, er til hinder for, at der indtræder en ret til tidsubegrænset ophold i henhold til denne bestemmelse (C).

#### B — Lovligheden af opholdet i tredje periode

- For det første vil dette være tilfældet, hvis Maria Dias' ophold i tredje periode kan anses for lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1. I så fald vil Maria Dias nemlig ikke kun i første og anden periode, men fra første til fjerde periode, dvs. fra januar 1998 til udløbet af gennemførelsesfristen den 30. april 2006, have opholdt sig lovligt i Det Forenede Kongerige i mere end fem år i træk.

65. Der rejser sig først det spørgsmål, om Maria Dias' ophold i tredje periode var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38. Direktiv 2004/38 anvender i artikel 16, stk. 1, udtrykket lovligt ophold, men definerer det ikke.

66. Det fremgår af 17. betragtning til direktivet, at EU-lovgiver derved forstår et ophold i overensstemmelse med »de betingelser, der er fastsat i dette direktiv«. Som Domstolen har gjort klart i Lassal-dommen, skal denne formulering efter direktivets indhold og formål forstås således, at der ikke kun menes de ophold, der er tilbagelagt i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i selve direktiv 2004/38, men også de ophold, der er tilbagelagt i overensstemmelse med de betingelser, som var fastsat ved de forudgående bestemmelser, der var gældende på opholdstidspunktet og blev ændret med direktivet<sup>11</sup>.

67. I den foreliggende sag kan Maria Dias med hensyn til tredje periode ikke påberåbe sig, at hun havde opholdsret som arbejdstager (1). Heller ikke en afledt opholdsret kan vel komme i betragtning for denne periode (2). Der rejser sig derfor det spørgsmål, om Maria Dias' ophold i tredje periode skal anses for lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, alene af den grund, at hun i denne periode var i besiddelse af et gyldigt opholdsbevis og modtog indkomststøtte (3).

1. En arbejdstagers opholdsret

68. Maria Dias' ophold i tredje periode ville være lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, hvis hun også i denne periode havde været arbejdstager. Den forelæggende ret har benægtet dette og heller ikke stillet noget præjudicielt spørgsmål herom.

69. Rettens konstatering af, at Maria Dias i tredje periode ikke var arbejdstager, forekommer mig at være i overensstemmelse med Domstolens praksis. Ifølge denne mister den pågældende som udgangspunkt sin status som arbejdstager, når arbejdsforholdet er ophørt<sup>12</sup>. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Maria Dias' arbejdskontrakt ophørte med begyndelsen af tredje periode, da hun efter udløbet af barselsorloven besluttede at passe sin søn og ikke vende tilbage til sin arbejdsplads. Dermed mistede Maria Dias i denne tredje periode frivilligt sin status som arbejdstager i egentlig forstand.

70. Det er heller ikke til hinder for denne konstatering, at Maria Dias havde fået stillet i ud-sigt at blive genansat på et senere tidspunkt. Ganske vist har Domstolen i nogle tilfælde antaget, at en persons arbejdstagerstatus ikke

11 — Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 40.

12 — Domstolens dom af 31.5.2001, sag C-43/99, Leclere, Sml. I, s. 4265, præmis 55.

går tabt på trods af et skift i status, når der består en sammenhæng mellem arbejdet som arbejdstager og det efterfølgende arbejde<sup>13</sup>. Den blotte omstændighed, at Maria Dias' arbejdsgiver havde stillet hende i udsigt, at hun atter kunne arbejde hos ham, udgør imidlertid efter min opfattelse ikke nogen tilstrækkelig sammenhæng, der i sig selv ville kunne berettige Maria Dias til fortsat at have status som arbejdstager i tredje periode.

ubestridt — opfattelse skal der kunne bestå en sådan afledt opholdsret, når Maria Dias' yngste barn er statsborger i Det Forenede Kongerige og er afhængig af sin moders omsorg<sup>15</sup>. Den forelæggende ret har imidlertid hverken stillet et præjudicielt spørgsmål herom eller givet nogen henvisning til, at Maria Dias' yngste barn er statsborger i Det Forenede Kongerige. På denne baggrund og under hensyn til den omstændighed, at dette spørgsmål ikke er afgørende med henblik på den foreliggende sag, skal jeg ikke uddybe denne tanke yderligere.

71. Maria Dias kan heller ikke støtte sin status som arbejdstager på bestemmelser i den afledte ret. Ganske vist bestemmer artikel 7, stk. 1, i direktiv 68/360<sup>14</sup>, at personer, der ikke er arbejdstagere i egentlig forstand, under visse omstændigheder skal sidestilles med disse. Dette gælder dog kun for personer, der ufor skyldt er blevet arbejdsløse, derimod ikke for dem, der frivilligt er blevet arbejdsløse.

### 3. Opholdsbevisets betydning

## 2. En mulig afledt opholdsret

72. Man kunne i princippet også overveje, om Maria Dias kan aflede en ret af sin søns unionsborgerskab. Ifølge en — ikke

73. Den forelæggende ret har stillet Domstolen det spørgsmål, om Maria Dias' ophold i tredje periode skal anses for lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, fordi hun på den tid var indehaver af et gyldigt opholdsbevis fra de nationale myndigheder. Som jeg allerede har antydnet i mit forslag til

13 — Domstolens dom af 21.6.1988, sag 39/86, Lair, Sml. s. 3161, præmis 37, af 26.2.1992, sag C-357/89, Raulin, Sml. I, s. 1027, præmis 21, og af 26.2.1992, sag C-3/90, Bernini, Sml. I, s. 1071, præmis 19.

14 — Nu artikel 6, stk. 3, i direktiv 2004/38.

15 — Jf. generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse af 30.9.2010 i sag C-34/09, Ruiz Zambrano, som endnu verserer, punkt 67-122. Derimod har generaladvokat J. Kokott i sit forslag til afgørelse af 25.11.2010 i sag C-434/09, McCarthy, som endnu verserer, punkt 20-46, givet udtryk for den opfattelse, at reglerne om unionsborgerskab ikke finder anvendelse på et sådant tilfælde.

afgørelse i Lassal-sagen<sup>16</sup>, skal dette spørgsmål efter min opfattelse besvares benægtende. Ganske vist er ordlyden af direktivets artikel 16 tilstrækkeligt åben til også at omfatte ophold, som er lovlige efter de nationale bestemmelser (a). Men 17. betragtning (b) og det trindelte system i direktivet (c) taler mod en sådan fortolkning. Desuden taler hverken medlemsstaternes kompetence til at udstede gunstigere bestemmelser efter direktivets artikel 37 (d) eller reglerne i den primære ret (e) nødvendigvis for en sådan fortolkning.

a) Ordlyden

74. Det skal først konstateres, at ordlyden af artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 er åben. Den er hverken til hinder for en fortolkning, ifølge hvilken kun ophold i medfør af EU-retten skal tages i betragtning, eller for en fortolkning, der siger, at den derudover også omfatter ophold i medfør af nationale bestemmelser.

b) 17. betragtning til direktivet

75. Det kommer derfor i afgørende grad an på EU-lovgivers hensigt og formål med udstedelsen af artikel 16 i direktiv 2004/38. Ifølge 17. betragtning til direktivet har det til formål at fremme den sociale samhørighed. I henhold til 18. betragtning skal direktivet være et egentligt middel til integration i samfundet i den værtsmedlemsstat, hvor unionsborgeren har taget ophold. Man kunne derfor henvise til, at sondringen mellem ophold på grundlag af EU-retten og ophold på grundlag af national ret er irrelevant med hensyn til disse formål, og at også et ophold udelukkende i medfør af nationale bestemmelser skal anses for lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1<sup>17</sup>.

76. EU-lovgiver har imidlertid ikke begrænset sig til blot at henvise til disse formål i betragtningerne til direktivet. EU-lovgiver har nemlig i 17. betragtning præciseret, at retten til tidsubegrænset ophold afhænger af, at opholdet er »i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i dette direktiv«. Denne formulering, der bevidst blev indføjet under lovgivningsproceduren i 17. betragtning til

16 — Jf. mit forslag til afgørelse i Lassal-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3, punkt 88.

17 — Formentlig i samme retning generaladvokat J. Kokott i hendes forslag til afgørelse i McCarthy-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 52.

direktiv 2004/38<sup>18</sup>, skal der tages hensyn til ved undersøgelsen af lovgivers hensigt. Efter min opfattelse skal den forstås således, at EU-lovgiver ønskede, at retten til tidsubegrænset ophold kun opnås på grundlag af opholdsretighederne i direktivet.

c) Det trindelte system i direktivet

77. Herfor taler efter min mening også det trindelte system i direktiv 2004/38, som fastsætter tre på hinanden følgende trin i en unionsborgers integration i værtsmedlemsstaten, nemlig som første trin retten til ophold i indtil tre måneder, som andet trin retten til ophold i mere end tre måneder, der i det væsentlige gælder for arbejdstagere samt selvstændige erhvervsdrivende eller personer, der skal behandles på tilsvarende vis, og som tredje og højeste trin retten til tidsubegrænset ophold<sup>19</sup>.

18 — Formuleringen stod nemlig ikke i Kommissionens oprindelige forslag (jf. 14. betragtning til Kommissionens oprindelige forslag KOM(2001) 257 endelig, EFT C 270E, s. 150), men blev efterfølgende overtaget i Rådets fælles holdning (EF) nr. 6/2004 af 5.12.2003 (EUT 2004 C 54 E, s. 12, 13) og godkendt af Parlamentet. I sin meddelelse til Europa-Parlamentet af 30.12.2003 vedrørende Rådets fælles holdning har Kommissionen med henblik på ændringen af 17. betragtning anført, at der indsættes en sætning for at slå fast, hvad der ligger i begrebet lovligt ophold (SEK(2003) 1293 endelig, s. 8).

19 — Jf. punkt 55 f. ovenfor.

78. Denne trindelte opbygning bestemmer også omfanget af de krav, en unionsborger kan gøre gældende over for værtsmedlemsstatens myndigheder ifølge ligebehandlingsprincippet i henhold til direktivets artikel 24. På første trin behøver medlemsstaten ikke fastsætte noget krav om ligeberettiget adgang til sociale ydelser. På andet trin har unionsborgere en begrænset ret til sociale ydelser. Hvis en unionsborger ikke når dette andet trin, må benyttelsen af det sociale system i henhold til direktivets artikel 14, stk. 3, ganske vist ikke automatisk medføre udsendelse. Men en uforholdsmæssig benyttelse af denne ret kan i det konkrete tilfælde føre til, at retten til ophold bortfalder. Først når tredje trin nås, dvs. med erhvervelsen af retten til tidsubegrænset ophold, erhverver unionsborgeren en ubegrænset ret til sociale ydelser. Hvis han har nået dette trin, kan benyttelsen af sociale ydelser desuden ikke bruges til at anfægte hans ret til tidsubegrænset ophold<sup>20</sup>.

79. I dette trindelte system har EU-lovgiver skabt balance mellem på den ene side unionsborgernes ret til fri bevægelighed i Unionen og formålet om den sociale samhørighed og på den anden side medlemsstaternes økonomiske interesser. Jo højere integrationsniveau en unionsborger har nået i værtsmedlemsstaten, desto mindre betydning

20 — Artikel 16, stk. 4, i direktiv 2004/38 og 18. betragtning til samme.

tillægges der medlemsstaternes økonomiske interesser. Når det tredje trin er nået, træder disse interesser helt tilbage i forhold til integrationstanken<sup>21</sup>.

og derved selv tager højde for tilfælde, i hvilke en opholdsret har hjemmel i den nationale udlændingeret i værtsmedlemsstaten. Af denne grund skal ophold, som er tilbagelagt i medfør af den nationale udlændingeret, anses for lovlige ophold, jf. direktivets artikel 16<sup>22</sup>.

80. Med erhvervelsen af retten til tidsbegrænset ophold i henhold til direktivets artikel 16, har den pågældende unionsborger således en omfattende ret til adgang til sociale ydelser i værtsmedlemsstaten, en ret, der endda ikke er tidsmæssig begrænset. Præciseringen i 17. betragtning til direktivet af begrebet lovligt ophold i direktivets artikel 16, stk. 1, skal derfor ses på baggrund heraf. Efter min opfattelse har EU-lovgiver ønsket at udtrykke, at det kun er i de tilfælde, hvor unionsborgeren først har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i mindst fem år i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2004/38, at det er berettiget at lade medlemsstaternes økonomiske interesser træde fuldstændig tilbage i forhold til integrationstanken.

82. Jeg kan ikke udlede en sådan vurdering af artikel 37 i direktiv 2004/38. Ifølge ordlyden af denne bestemmelse lader direktivet gunstigere love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne uantastet. Et sådant ordvalg benytter EU-lovgiver normalt, når han vil give udtryk for, at et direktiv ikke er til hinder for en gunstigere udformning af den nationale lovgivning, og at medlemsstaterne i denne henseende derfor har en skønsbeføjelse. I det omfang udstedelsen af gunstigere bestemmelser henhører under medlemsstaternes skøn, må disse imidlertid også råde over en skønsbeføjelse med hensyn til spørgsmålet om, hvilke retsfølger de ønsker at knytte til en opholdsret, som kun er udstedt på grundlag af national ret, men som går ud over bestemmelserne i direktiv 2004/38. Særligt må de råde over en skønsbeføjelse med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de også vil tage et sådant ophold i betragtning ved afgørelsen af,

d) Kompetencen til at udstede gunstigere bestemmelser

81. Der indvendes herimod, at direktivet ifølge sin artikel 37 tillader gunstigere love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne

21 — I samme retning A. Iliopoulou, »Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE«, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, s. 523 ff., s. 540.

22 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i McCarthy-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 53.



om der indtræder en ret til tidsubegrænset ophold.

følgeslutninger til et ophold, der havde hjemmel i nationale bestemmelser<sup>25</sup>.

83. I øvrigt forekommer henvisningen til direktivets artikel 37 i et tilfælde som det foreliggende ikke at være direkte relevant. I den foreliggende sag påberåber Maria Dias sig nemlig ikke, at den ret, der tilkommer hende, hviler på gunstigere nationale bestemmelser. Hun gør derimod blot gældende, at de nationale myndigheder ikke havde inddraget et opholdsbevis, som de var forpligtet til at udstede i henhold til artikel 6 i direktiv 68/360, selv om betingelserne for at give hende et sådant opholdsbevis ikke længere forelå.

85. Efter min opfattelse kan det ikke udledes af disse domme, at et ophold, der ikke havde hjemmel i en EU-retlig opholdsret, men udelukkende i et ikke inddraget opholdsbevis, skal anses for et lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1.

86. For det første skal det nemlig bemærkes, at Domstolen i disse domme ikke har fastslået, at der i et sådant tilfælde kan udledes en ret til ophold ud fra artikel 18 EF. Tværtimod har den benægtet dette<sup>26</sup>.

#### e) Primærretlige bestemmelser

84. Som argument for at tage hensyn til ophold på grundlag af national ret henvises der desuden til Domstolens domme i Trojani-sagen<sup>23</sup> og i Martínez Sala-sagen<sup>24</sup>. I disse domme knyttede Domstolen EU-retlige

87. For det andet har Domstolen i disse domme ganske vist knyttet EU-retlige følgeslutninger til et ophold med hjemmel i et nationalt opholdsbevis eller med hjemmel i tilkendelse af tålt ophold. Men den har der blot konstateret, at en unionsborger under disse omstændigheder kan støtte sin ret til indkomststøtte på artikel 12 EF (og at en sådan benyttelse af sociale ydelser ikke automatisk må medføre udsendelse af den pågældende). For så vidt som den i denne sammenhæng er gået ind på artikel 18 EF, vedrørende dette spørgsmål om anvendelsesområdet for

23 — Dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Sml. I, s. 7573, præmis 37-46.

24 — Dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Sml. I, s. 2691, præmis 61-63.

25 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i McCarthy-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 53.

26 — Trojani-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, især præmis 36.

princippet om forbud mod forskelsbehandling er berørt.<sup>27</sup>

under overholdelse af de ved EU-retten fastsatte grænser.

88. For det tredje har Domstolen præciseret, at det også i en sådan situation fortsat står en medlemsstat frit for at udsende en statsborger, der ikke længere opfylder betingelserne for sin ret til ophold og benytter sin ret til indkomststøtte, under overholdelse af de ved EU-rettens fastsatte grænser<sup>28</sup>.

90. Heller ikke en fortolkning i overensstemmelse med den primære ret taler derfor nødvendigvis for, at et ophold, der udelukkende har hjemmel i et nationalt opholdsbevis, eller i, at de nationale myndigheder har tilkendt tålt ophold, skal anses for lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1.

89. Det fremgår af ovenstående, at der ifølge retspraksis ikke findes nogen bestemmelse i den primære ret, ifølge hvilken ophold, der har hjemmel i et nationalt opholdsbevis, skal anses for lovlige ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1. Dette ville nemlig medføre, at et ophold, der udelukkende havde hjemmel i national opholdsret, ville føre til erhvervelse af retten til tidsubegrænset ophold. En sådan ret til tidsubegrænset ophold kan medlemsstaten ikke ensidigt bringe til ophør, når unionsborgeren gør krav på værtsmedlemsstatens sociale ydelser i et ikke længere ubetydeligt omfang. Domstolen har imidlertid udtrykkeligt præciseret, at en medlemsstat ifølge bestemmelserne i den primære ret principielt har kompetence til i et sådant tilfælde at foretage en udsendelse

#### f) Yderligere betragtninger

91. Endelig skal det tages i betragtning, at en fortolkning, ifølge hvilken der i henhold til direktivets artikel 16, stk. 1, nødvendigvis også skal tages hensyn til et ophold med hjemmel i nationale bestemmelser, kan ende med at være til ugunst for unionsborgeres frie bevægelighed. For det første består der en risiko for, at værtsmedlemsstaternes myndigheder skærper kontrollen med, om en unionsborger opfylder betingelserne for den opholdsret, der bygger på EU-retten. For det andet er der fare for, at medlemsstaterne kun i meget begrænset omfang vil gøre brug af den beføjelse, de har i medfør af direktivets artikel 37.

27 — Trojani-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, især præmis 36-44; jf. i samme retning dommen i Martínez Salasagen, nævnt ovenfor i fodnote 24, især præmis 14 og 15 samt præmis 61-63.

28 — Trojani-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, især præmis 45.

## g) Foreløbig konklusion

92. På baggrund af ovenstående betragtninger kommer jeg til det resultat, at begrebet lovligt ophold som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 ikke omfatter et ophold, der som i den foreliggende sag kun har hjemmel i et af de nationale myndigheder udstedt opholdsbevis, som ikke er blevet inddraget.

at hun i første og anden periode opholdt sig lovligt i Det Forenede Kongerige. I den forbindelse rejser der sig det spørgsmål, om der også kan indtræde ret til tidsbegrænset ophold i henhold til direktivets artikel 16, stk. 1, når et lovligt ophold, der har varet i mere end fem år, som tilfældet er i første og anden periode, efterfølges af et ophold i tredje periode på lidt over et år, der ikke er lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, før der så følger yderligere et ophold i fjerde periode, som er lovligt i denne bestemmelses forstand.

## 4. Konklusion

93. Maria Dias' ophold i tredje periode var derfor efter min opfattelse ikke lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, fordi hun i denne periode var i besiddelse af et opholdsbevis udstedt af de nationale myndigheder, som ikke var blevet inddraget.

95. Det drejer sig her om et spørgsmål, der må holdes adskilt fra det forrige behandlede spørgsmål om, hvorvidt opholdet i tredje periode var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38. Det drejer sig her om spørgsmålet, om opholdet i tredje periode, der ikke er lovligt ifølge direktivets artikel 16, stk. 1, atter kan sænke det integrationsniveau, Maria Dias allerede havde nået ved sit ophold i første og anden periode.

*C — Virkningen af opholdet i tredje periode, hvis der allerede i forvejen forelå et lovligt og varigt ophold på mere end fem år*

94. Som forklaret ovenfor<sup>29</sup>, kan Maria Dias i den foreliggende sag have opnået ret til tidsbegrænset ophold allerede af den grund,

96. For præcisionens skyld bemærkes, at dette spørgsmål ikke rejser sig for ophold, der er ophørt efter den 30. april 2006. I så fald indtræder der nemlig umiddelbart en ret til tidsbegrænset ophold i henhold til direktivets artikel 16 efter et lovligt ophold på mindst fem år i træk. Et yderligere ophold, under hvilket den pågældende unionsborger er frivilligt arbejdsløs, ville derfor være dækket af dennes ret til tidsbegrænset ophold, således

29 — Jf. punkt 63 ovenfor.

at der — medmindre denne ret fortabes — ikke længere kan indtræde et ikke-lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1.

foreligger et lovligt ophold på mere end fem år i træk i værtsmedlemsstaten. Disse betingelser er her opfyldt.

97. I modsætning til den opfattelse, som Kommissionen og Det Forenede Kongeriges regering har givet udtryk for under den mundtlige forhandling, kan dette spørgsmål imidlertid meget vel rejse sig for ophold, der ophørte før den 30. april 2006. At der i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38 også skal tages hensyn til perioder, der lå før den 30. april 2006, ændrer nemlig ikke noget ved, at retten til tidsubegrænset ophold først kan indtræde med gennemførelsen af direktivet eller med udløbet af fristen for dets gennemførelse. Det er i den forbindelse absolut muligt i tilfælde som det foreliggende, at et lovligt ophold på mere end fem år i træk i værtsmedlemsstaten efterfølges af et ophold, der ikke er dækket af denne ret i henhold til direktivets artikel 16, stk. 1.

99. Retten til tidsubegrænset ophold mistes i henhold til direktivets artikel 16, stk. 4, kun, hvis den pågældende unionsborger er fraværende fra værtsmedlemsstaten i over to år. Umiddelbart finder denne regel således kun anvendelse, når unionsborgeren var fraværende fra værtsmedlemsstaten. Dette var ikke tilfældet her.

2. Muligheden for en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4

1. Bestemmelserne i artikel 16, stk. 1 og 4, i direktiv 2004/38

98. Artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 fastsætter som betingelse for, at retten til tidsubegrænset ophold indtræder, kun, at der

100. Der rejser sig imidlertid det spørgsmål, om direktivets artikel 16, stk. 4, kan anvendes analogt, når en unionsborger bliver boende i værtsmedlemsstaten uden at opholde sig der lovligt som omhandlet i artikel 16 i direktiv 2004/38. Efter min mening indeholder reglerne i direktivets artikel 16 et utilsigtet hul, som i visse tilfælde må lukkes ved en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4 (a). I den foreliggende sag kommer dette dog ikke i betragtning (b).

a) Tilfælde, hvor en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, er hensigtsmæssig for at anvende stk. 4 i denne artikel analogt i visse situationer.

101. Direktivets artikel 16 indeholder et utilsigtet hul i reglerne med hensyn til de tilfælde, hvor en unionsborger efter et lovligt ophold på mindst fem år i træk som omhandlet i dets artikel 16, stk. 1, er blevet boende ulovligt i værtsmedlemsstaten.

102. For det første kan det ikke sluttes af en sådan manglende bestemmelse herom i direktiv 2004/38, at EU-lovgiver ønskede at lade sådanne ophold ude af betragtning. Det skal nemlig påpeges, at bestemmelserne i direktivet først og fremmest er formuleret med henblik på fremtidige sagsforhold, dvs. ophold efter den 30. april 2006. Men som forklaret ovenfor<sup>30</sup>, rejser der sig ikke længere noget tilsvarende problem efter dette tidspunkt. Der er altså noget, der taler for, at der findes et utilsigtet hul i reglerne for ulovligt ophold før den 30. april 2006.

103. For det andet taler lovgivers holdning, der kommer til udtryk i direktivets artikel 16,

104. Det fremgår af forarbejderne til direktivet, at EU-lovgiver med direktivets artikel 16 har tilstræbt at sikre unionsborgere, som har nået en vis grad af integration i værtsmedlemsstaten, ret til tidsubegrænset ophold i denne<sup>31</sup>. Denne ret skal bevares, så længe denne integrationsgrad ikke atter er blevet svækket<sup>32</sup>. Af direktivets artikel 16, stk. 1, kan det udledes, at lovgivers holdning er, at en unionsborger efter lovligt ophold på mindst fem år i træk i værtsmedlemsstaten har nået den fornødne grad af integration, der kan begrunde en ret til tidsubegrænset ophold<sup>33</sup>. I direktivets artikel 16, stk. 4, kommer det til udtryk, at en sådan tæt tilknytning til værtslandet først ved et fravær fra denne værtsmedlemsstat på over to år svækkes så stærkt, at en sikring af retten til tidsubegrænset ophold ikke længere er berettiget<sup>34</sup>. Hvis denne holdning hos EU-lovgiver tages i betragtning, forekommer en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, berettiget, når der foreligger en situation, i hvilken den integrationsgrad, en unionsborger har nået efter et lovligt ophold i fem år i træk i værtsmedlemsstaten, svækkes på en måde, der er så tungtvejende,

31 — Jf. Kommissionens begrundelse til artikel 14 i det oprindelige forslag (KOM(2001) 257 endelig).

32 — *Ibidem*, s. 13.

33 — *Lassal-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 37.

34 — Jf. *Lassal-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 55, med henvisning til begrundelsen til fælles holdning (EF) nr. 6/2004 af 5.12.2003, vedtaget af Rådet med henblik på vedtagelse af direktiv 2004/38, anført ovenfor i fodnote 18, s. 31, vedrørende artikel 16 i dette direktiv.

30 — Jf. punkt 97 ovenfor.

at den kan sammenlignes med et fravær af to års varighed.

105. I denne forbindelse rejser der sig først det spørgsmål, om dette overhovedet kan lade sig gøre i et tilfælde, hvor en unionsborger er blevet boende i værtsmedlemsstaten. Det kan her indvendes, at et fortsat ophold i værtsmedlemsstaten aldrig kan svække den opnåede integrationsgrad på en lige så tungtvejende måde som et fravær fra landet. Dette synspunkt forekommer mig dog for vidtgående.

106. For det første baserer direktivets artikel 16 de tilgrundliggende integrationstanker ikke kun på territoriale og tidsmæssige omstændigheder, men også på kvalitative elementer. Derfor forekommer en unionsborgers retsstridige adfærd så afgjort at kunne svække hans integration i værtsmedlemsstaten i kvalitativ henseende. For så vidt en unionsborger efter et lovligt ophold i værtsmedlemsstaten er blevet boende ulovligt i værtslandet, dvs. uden ret til ophold med hjemmel i EU-retten eller national ret eller på et af de nationale myndigheder tålt ophold, kan dette efter min opfattelse bestemt tages i betragtning ud fra et integrationssynspunkt.

107. For det andet taler også ligebehandlingsprincippet herfor. En lovlydig unionsborger, som ikke er blevet boende ulovligt i værtsmedlemsstaten, ville nemlig den

30. april 2006 efter et fravær på over to år i henhold til artikel 16, stk. 4, i direktiv 2004/38 ikke kunne gøre krav på tidsbegrænset ophold. Det forekommer mig ikke begrundet at belønne en unionsborger for at være blevet boende ulovligt i værtsmedlemsstaten.

108. For det tredje: uden en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, på sådanne tilfælde ville der også blive tilkendt ret til tidsbegrænset ophold i tilfælde, som lovgiver ved udstedelsen af direktivet vel næppe kan have haft for øje. Hvis man slet ikke tog hensyn til ulovligt ophold, der følger efter fem års ophold i træk som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1, ville en unionsborger, som langt tilbage i tiden, f.eks. i halvferdserne, havde opholdt sig lovligt i en periode på mere end fem år i træk i værtsmedlemsstaten og derpå blev boende ulovligt i værtsmedlemsstaten, nemlig opnå ret til tidsbegrænset ophold den 30. april 2006. Et sådant resultat kan EU-lovgiver næppe have tilstræbt med udstedelsen af direktiv 2004/38.

109. Som foreløbig konklusion skal det derfor fastslås, at den analoge anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, kommer på tale i de

tilfælde, hvor en unionsborger efter et lovligt ophold på mere end fem år i træk er blevet boende ulovligt i værtsmedlemsstaten.

havde nået på grundlag af sit virke i mere end fem år som arbejdstager i Det Forenede Kongerige, på en måde, der kan sammenlignes med et fravær fra denne værtsmedlemsstat.

## b) Den foreliggende sag

110. I den foreliggende sag kommer en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, imidlertid ikke på tale. Under hensyntagen til den holdning, som EU-lovgiver har udtrykt i direktivets artikel 16, forekommer en anvendelse af denne bestemmelse på Maria Dias' ophold i tredje periode nemlig ikke berettiget. Hendes ophold i denne periode kan nemlig ikke sammenlignes med det tilfælde, der reguleres i artikel 16, stk. 4, hverken i kvalitativ eller tidsmæssig henseende.

### i) Ingen sammenlignelighed i kvalitativ henseende

111. For det første kan Maria Dias' ophold i tredje periode ikke sammenlignes i kvalitativ henseende med den situation, der reguleres i direktivets artikel 16, stk. 4. Maria Dias' ophold i tredje periode kunne nemlig ikke føre til en svækkelse af den integrationsgrad, hun

112. I den tredje periode var Maria Dias nemlig indehaver af et gyldigt opholdsbevis. Det kan derfor ikke foreholdes hende, at hun i den periode har opholdt sig ulovligt i Det Forenede Kongerige.

113. Herimod kan det ikke indvendes, at Maria Dias i tredje periode ikke opfyldte betingelserne for at opnå opholdsbevis i henhold til artikel 6 i direktiv 68/360. Som Maria Dias med rette har anført, berørte dette forhold nemlig ikke gyldigheden af hendes opholdsbevis. Ganske vist var dette opholdsbevis udstedt af de nationale myndigheder i henhold til artikel 6 i direktiv 68/360 for at gøre det muligt for hende effektivt at udøve sin ret til fri bevægelighed som arbejdstager. Men det betyder ikke, at opholdsbevisets gyldighed afhang af, at betingelserne for at udstede det var opfyldt. I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 68/360 skal et opholdsbevis nemlig have gyldighed i mindst fem år. Det fremgår endvidere af artikel 7, stk. 1, i samme direktiv, at beviset kun under visse betingelser kan fratages arbejdstageren før udløbet af dets gyldighed. Når begge bestemmelser

betragtes under ét, ses det, at opholdsbeviset forbliver gyldigt, indtil enten dets gyldighedsperiode udløber eller det inddrages af nationale myndigheder.

som en direkte følge af bestemmelserne i EU-retten. Spørgsmålet om, hvorvidt et opholdsbevis også kan have virkning, når betingelserne for en opholdsret på grundlag af EU-retten ikke foreligger, har Domstolen ikke udtalt sig om i disse domme.

114. Heller ikke Domstolens praksis vedrørende virkningen af et opholdsbevis i henhold til artikel 6 i direktiv 68/360 er til hinder for en sådan forståelse. Ganske vist har Domstolen flere gange fastslået, at et sådant opholdsbevis kun har deklatorisk virkning<sup>35</sup>. Dermed har den dog efter min opfattelse ikke ønsket at udtrykke, at et sådant opholdsbevis ikke kan have nogen selvstændig virkning. Domstolens konstatering skal nemlig bedømmes i de pågældende sagers kontekst. Disse sager vedrørte en situation, hvor betingelserne for en opholdsret på grundlag af EU-retten forelå, men den pågældende unionsborger ikke havde fået udstedt noget opholdsbevis af de nationale myndigheder. For så vidt Domstolen har præciseret, at opholdsbeviset kun har deklatorisk virkning, vedrører dette derfor kun den situation, hvor betingelserne for en opholdsret på grundlag af EU-retten forelå, men myndighederne ikke havde udstedt noget opholdsbevis. Domstolen har i disse tilfælde blot præciseret, at den ret til ophold, der er sikret gennem EU-retten, ikke afhænger af, at nationale administrative procedurer overholdes, men tilkommer unionsborgerne

115. For det andet skal det påpeges, at et ophold, som det der var tale om i tredje periode, ikke var et lovligt ophold som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1, og således ikke kunne begrunde det integrationsniveau, som kræves efter denne bestemmelse<sup>36</sup>. Dette betyder imidlertid ikke at opholdet i tredje periode, hvor Maria Dias har modtaget indkomststøtte i henhold til de dagældende nationale bestemmelser, var egnet til at svække det integrationsniveau, som er opnået efter et lovligt ophold fem år i træk som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 1.

116. Som foreløbig konklusion skal det derfor fastslås, at Maria Dias' ophold i tredje periode dermed ikke kvalitativt kan sidestilles med et fravær fra værtsmedlemsstaten, som reguleret i direktivets artikel 16, stk. 4.

35 — Domstolens dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 33-51, af 25.7.2002, sag C-459/99, MRAX, Sml. I, s. 6591, præmis 74, og af 23.3.2006, sag C-408/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2647, præmis 63.

36 — Jf. pkt. 73-93 i dette forslag til afgørelse.



En analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, på tredje periode kommer derfor allerede af denne grund ikke på tale.

### c) Foreløbig konklusion

118. Artikel 16, stk. 4, i direktiv 2004/38 kan derfor ikke anvendes analogt på Maria Dias' ophold i tredje periode.

### ii) Ikke-sammenligneligt tidsmæssigt omfang

117. Desuden kommer en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, på Maria Dias' ophold i tredje periode heller ikke i betragtning af den grund, at det tidsmæssige omfang af dette ophold ikke er sammenligneligt med det omfang, der reguleres ved denne bestemmelse. EU-lovgiver har nemlig i artikel 16, stk. 4, i direktiv 2004/38 anset, at først når et fravær har været i over to år, er det tilstrækkeligt til atter at svække det integrationsniveau, som er opnået efter et lovligt ophold fem år i træk i værtslandet<sup>37</sup>. I en sag som den foreliggende, i hvilken en unionsborger har opholdt sig i værtsmedlemsstaten med hjemmel i et gyldigt opholdsbevis, må man efter min opfattelse ikke gå under den i bestemmelsen fastsatte tidsgrænse. Også af denne grund kommer en analog anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 4, ikke i betragtning i den foreliggende sag.

37 — Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 37.

### 3. Konklusion

119. Som konklusion skal det derfor fastslås, at Maria Dias i den foreliggende sag den 30. april 2006 har erhvervet ret til tidsubegrænset ophold alene på grundlag af sit ophold i første og anden periode, og at hendes ophold i tredje periode ikke er til hinder for at erhverve denne ret.

### D — *Det andet spørgsmål*

120. Med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om fem års ophold i træk som arbejdstager før den 30. april 2006, såfremt det ikke giver grundlag for en tidsubegrænset ret til ophold som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, medfører en sådan rettighed direkte i henhold til artikel 18, stk. 1, EF. Dette spørgsmål er rejst subsidiært for det tilfældes skyld, at

der ikke kan udledes en ret til tidsubegrænset ophold af artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38. Da Maria Dias har ret til tidsubegrænset ophold i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, behøver jeg ikke gå ind på dette spørgsmål.

nationale myndigheder, ikke udgør et lovligt ophold som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i dette direktiv og derfor ikke kan tages i betragtning med henblik på erhvervelsen af en ret til tidsubegrænset ophold. Men det står medlemsstaterne frit for at fastsætte sådanne bestemmelser.

## VII — Sammenfatning

121. Sammenfattende skal det fastslås, at en unionsborgers ophold i en værtsmedlemsstat uden hjemmel i direktiv 2004/38 eller i de tilsvarende forudgående bestemmelser, men udelukkende i et opholdsbevis udstedt af de

122. Men hvis en unionsborger før den 30. april 2006 har opholdt sig lovligt i fem år i træk i værtsmedlemsstaten i overensstemmelse med betingelserne i de bestemmelser, der gik forud for direktiv 2004/38, indtræder der en ret til tidsubegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38, også når dette ophold efterfølges af et ophold, som ganske vist ikke var lovligt som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, men havde hjemmel i et gyldigt opholdsbevis udstedt af de nationale myndigheder.

## VIII — Forslag til afgørelse

123. På baggrund af de ovennævnte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 16 i 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, 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 skal fortolkes således, at en unionsborger, som har opholdt sig i en værtsmedlemsstat

- først fra januar 1998 til 17. april 2003, dvs. i fem år i træk i overensstemmelse med de dagældende bestemmelser i afledt ret,
  
- dernæst har opholdt sig fra 18. april 2003 til 25. april 2005, dvs. i lidt over et år med hjemmel i et opholdsbevis, som er udstedt af de nationale myndigheder og ikke er blevet inddraget, og
  
- endelig har opholdt sig indtil 30. april 2006 i overensstemmelse med de dagældende bestemmelser i afledt ret,

med udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2004/38 har opnået ret til tidsubegrænset ophold.«