



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. WATHELET  
fremsat den 11. januar 2018<sup>1</sup>

**Sag C-673/16**

**Relu Adrian Coman,  
Robert Clabourn Hamilton,  
Asociația Accept  
mod  
Inspectoratul General pentru Imigrări,  
Ministerul Afacerilor Interne,  
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien))

»Præjudiciel forelæggelse – unionsborgerskab – direktiv 2004/38/EF – artikel 2, nr. 2), litra a) – begrebet »ægtefælle« – unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig frit på Den Europæiske Unions område – samkønsægteskab – værtsmedlemsstatens manglende anerkendelse af ægteskabet – artikel 3 – begrebet »alle andre familiemedlemmer« – artikel 7 – retten til ophold i mere end tre måneder – artikel 7 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder«

### I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører artikel 2, nr. 2), litra a), artikel 3, stk. 1, artikel 3, stk. 2, litra a) og b), og artikel 7, stk. 2, 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 (EF) 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>.

2. Anmodningen giver Domstolen lejlighed til for første gang at tage stilling til begrebet »ægtefælle« som omhandlet i direktiv 2004/38 i forbindelse med et ægteskab indgået mellem to mænd. Selv om ægteskab er et *retligt* begreb, der anvendes inden for de specifikke og begrænsede rammer for unionsborgernes frie bevægelighed, er dette en vanskelig opgave, idet den definition, der vil blive foretaget af begrebet »ægtefælle«, nødvendigvis vil berøre selve identitetsopfattelsen hos de berørte mænd og kvinder – og dermed deres værdighed – men også den personlige og sociale forståelse, som unionsborgere har af ægteskabet, og som kan variere fra person til person og fra medlemsstat til medlemsstat.

<sup>1</sup> – Originalsprog: fransk.

<sup>2</sup> – EUT 2004, L 158, s. 77, berigtiget i EUT 2004, L 229, s. 35, og EUT 2005, L 197, s. 34.

## II. Retsforskrifter

### A. EU-retten

#### 1. Chartret

3. Artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), der har overskriften »Respekt for privatliv og familieliv«, bestemmer:

»Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation.«

4. Det fremgår af chartrets artikel 9, at »[r]etten til at indgå ægteskab og retten til at stifte familie sikres i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret«.

5. I henhold til chartrets artikel 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold [...] forbudt«.

#### 2. EUF-traktaten

6. Det fremgår af artikel 21 TEUF, at »[e]nhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaterne og i gennemførelsesbestemmelserne hertil«.

#### 3. Direktiv 2004/38

7. 2., 5., 6. og 31. betragtning i direktiv 2004/38 har følgende ordlyd:

»(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.

[...]

(5) For 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. Med henblik på dette direktiv bør definitionen af »familiemedlemmer« udvides, således at den også omfatter registrerede partnere, såfremt registreret partnerskab i henhold til værtslandets lovgivning betragtes som sidestillet med ægteskab.

(6) For at opretholde familien som en enhed i bredere betydning og uden at dette anfægter forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet bør situationen for de personer, der ikke er omfattet af dette direktivs definition af familiemedlemmer, og som derfor ikke automatisk har ret til indrejse og ophold i værtslandet, behandles af værtsmedlemsstaten på grundlag af deres nationale lovgivning med henblik på at afgøre, om de kan få tilladelse til indrejse og ophold under hensyntagen til deres tilknytning til unionsborgeren eller andre omstændigheder som f.eks. det, at de er økonomisk eller fysisk afhængige af unionsborgeren.

[...]

(31) Dette direktiv respekterer de grundlæggende rettigheder og friheder og overholder de principper, som bl.a. anerkendes i [chartret]. I overensstemmelse med det forbud med forskelsbehandling, som charteret indeholder, bør medlemsstaterne gennemføre dette direktiv uden at forskelsbehandle de omfattede personer på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et etnisk mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder eller seksuel orientering.«

8. Artikel 2 i direktiv 2004/38 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

2) »famiemedlem«:

- a) ægtefælle
- b) partner, med hvem en unionsborger har indgået et registreret partnerskab i medfør af en medlemsstats lovgivning, hvis lovgivningen i værtsmedlemsstaten sidestiller et registreret partnerskab med ægteskab, samt under overholdelse af betingelserne i værtsmedlemsstatens relevante lovgivning
- c) direkte efterkommere samt direkte efterkommere af ægtefællen eller partneren som defineret i litra b), som ikke er fyldt 21 år, eller som forsørges af unionsborgeren
- d) slægtninge i opstigende linje samt slægtninge i opstigende linje til ægtefællen eller partneren som defineret i litra b), som forsørges af unionsborgeren

[...]«

9. Artikel 3 i direktiv 2004/38, der har overskriften »Berettigede personer«, har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, samt famiemedlemmer som defineret i artikel 2, nr. 2), der ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne.

2. Uden at det berører de pågældendes personlige ret til fri bevægelighed og ophold og i overensstemmelse med den nationale lovgivning skal værtsmedlemsstaten lette indrejse og ophold for følgende personer:

- a) alle andre famiemedlemmer uanset nationalitet, der ikke er omfattet af bestemmelserne i artikel 2, nr. 2), hvis disse i det land, de ankommer fra, forsørges af eller hører til den unionsborgers husstand, der er hovedindehaveren af retten til ophold, eller hvor alvorlige helbredsmæssige grunde gør det absolut nødvendigt, at unionsborgeren personligt plejer famiemedlemmet
- b) den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning.

Værtsmedlemsstaten foretager en grundig undersøgelse af de personlige omstændigheder og begrundet afslag på ansøgning om indrejse eller ophold over for de pågældende.«

10. Artikel 7, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/38, der har overskriften »Retten til ophold i mere end tre måneder«, bestemmer:

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

- 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
- c) er indskrevet ved en privat eller offentlig institution, der er godkendt eller som finansieres af værtsmedlemsstaten i medfør af dennes lovgivning eller administrative praksis, med henblik på dér som hovedaktivitet at følge en uddannelse, herunder en erhvervsuddannelse, og

er omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, og ved en erklæring eller på anden tilsvarende måde, efter den pågældende persons eget valg godtgør over for den relevante nationale myndighed, at vedkommende råder over tilstrækkelige midler til sig selv og sine familiemedlemmer, således at opholdet ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system, eller

- d) er et familiemedlem, der ledsager eller slutter sig til en unionsborger, der opfylder betingelserne i litra a), b) eller c).

2. Retten til ophold, jf. stk. 1, omfatter også familiemedlemmer til en unionsborger, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, når disse ledsager eller slutter sig til unionsborgeren i værtsmedlemsstaten, og unionsborgeren opfylder betingelserne i stk. 1, litra a), b) eller c).«

## **B. Rumænsk ret**

11. Den civile lovbogs artikel 259, stk. 1 og 2, bestemmer:

»1. Ægteskab er en frivillig union, der er indgået mellem en mand og en kvinde på de i loven fastsatte betingelser.

2. Mand og kvinde har ret til at indgå ægteskab med henblik på at stifte familie.«

12. Den civile lovbogs artikel 277, stk. 1, 2 og 4, bestemmer:

»1. Samkønsægteskab er ikke tilladt.

2. Samkønsægteskaber indgået i udlandet både af rumænske statsborgere og af udenlandske statsborgere anerkendes ikke i Rumænien. [...]

4. Lovbestemmelserne angående fri bevægelighed i Rumænien for statsborgere i Den Europæiske Union og statsborgere fra stater i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde finder fortsat anvendelse.«

### III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

13. Relu Adrian Coman har såvel rumænsk som amerikansk statsborgerskab. Han mødte Robert Clabourn Hamilton, der er amerikansk statsborger, i New York (De Forenede Stater) i juni 2002. De havde fælles bopæl fra maj 2005 til maj 2009. Relu Adrian Coman tog på dette tidspunkt ophold i Bruxelles med henblik på at arbejde ved Europa-Parlamentet som parlamentarisk assistent, mens Robert Clabourn Hamilton forblev i New York. De indgik ægteskab i Bruxelles den 5. november 2010.

14. I marts 2012 ophørte Relu Adrian Coman med at arbejde ved Europa-Parlamentet, men fortsatte sit ophold i Bruxelles. I december 2012 indledte Relu Adrian Coman og dennes ægtefælle administrative skridt i forhold til de rumænske myndigheder med henblik på at få udstedt de nødvendige dokumenter for, at Relu Adrian Coman og dennes ægtefælle, der ikke er statsborger i Den Europæiske Union, lovligt kunne arbejde og tage ophold i Rumænien i en periode på mere end tre år.

15. Ved skrivelse af 11. januar 2013 afslog Inspectoratul General pentru Imigrări (generalinspektoratet for immigration, Rumænien) deres ansøgning. Efter dette generalinspektorats opfattelse kunne en forlængelse af den midlertidige opholdstilladelse for den amerikanske statsborger i henhold til den rumænske immigrationslovgivning og andre gældende bestemmelser på området ikke tildeles ved familiesammenføring.

16. Den 28. oktober 2013 anlagde Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton og Asociația Accept sag til prøvelse af afgørelsen vedtaget af Inspectoratul General pentru Imigrări (generalinspektoratet for immigration) ved Judecătoria Sectorului 5 București (retten i første instans i Afdeling 5 i Bukarest, Rumænien).

17. Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton og Asociația Accept fremsatte inden for rammerne af dette søgsmål en indsigelse om, at den civile lovbogs artikel 277, stk. 2 og 4, var forfatningsstridig. Efter disses opfattelse var den manglende anerkendelse af samkønsægteskaber indgået i udlandet i forbindelse med udøvelsen af retten til ophold i strid med bestemmelserne i den rumænske forfatning, der beskytter retten til intimsfære, familieliv og privatliv og bestemmelserne om lighedsprincippet.

18. Den 18. december 2015 forelagde Judecătoria Sectorului 5 București (retten i første instans i Afdeling 5 i Bukarest) sagen for Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) med henblik på, at denne domstol skulle tage stilling til den nævnte indsigelse. Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) er af den opfattelse, at den foreliggende sag udelukkende vedrører spørgsmålet om, hvorvidt virkningerne af et ægteskab, der i henhold til retten til familieliv og retten til fri bevægelighed er indgået lovligt i udlandet mellem en unionsborger og dennes ægtefælle af samme køn, som er tredjelandstatsborger, skal anerkendes som følge af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering. Denne domstol er i denne forbindelse i tvivl om, hvorledes flere af de begreber, der anvendes i direktiv 2004/38, sammenholdt med chartret og den seneste praksis fra Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »EMRK«) om retten til familieliv, skal fortolkes. Denne domstol har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse.

#### IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

19. Ved afgørelse af 29. november 2016, indgået til Domstolen den 30. december 2016, har Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) således besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Omfatter begrebet »ægtefælle« i artikel 2, [nr.] 2, litra a), i direktiv 2004/38[...], sammenholdt med [chartrets] artikel 7, 9, 21 og 45 [...], en unionsborgers samkønnede ægtefælle fra et tredjeland, med hvem den pågældende unionsborger lovligt har indgået ægteskab i henhold til loven i en anden medlemsstat end værtsmedlemsstaten?
- 2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, kræver artikel 3, stk. 1, og artikel 7, stk. [2]<sup>3</sup>, i direktiv 2004/38 [...], sammenholdt med [chartrets] artikel 7, 9, 21 og 45 [...], da at værtsmedlemsstaten tildeler en ret til ophold på medlemsstatens område eller til ophold i mere end tre måneder til en unionsborgers samkønnede ægtefælle?
- 3) Hvis det første spørgsmål besvares benægtende, kan en unionsborgers samkønnede ægtefælle fra et tredjeland, med hvem den pågældende unionsborger lovligt har indgået ægteskab i henhold til loven i en anden medlemsstat end værtsmedlemsstaten, da henhøre under »alle andre familiemedlemmer [...]« i henhold til artikel 3, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/38 [...] eller betragtes som »den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning« i henhold til [det nævnte direktivs] artikel 3, stk. 2, litra b), [...], med den heraf følgende forpligtelse for værtsmedlemsstaten til at lette indrejse og ophold for den pågældende, selv om værtsmedlemsstaten hverken anerkender samkønsægteskaber eller fastlægger nogen som helst anden form for retlig anerkendelse, såsom registrerede partnerskaber?
- 4) Hvis det tredje spørgsmål besvares bekræftende, kræver artikel 3, stk. 2, og artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 [...], sammenholdt med [chartrets] artikel 7, 9, 21 og 45 [...], da, at værtsmedlemsstaten tildeler en ret til ophold på medlemsstatens område eller til ophold i mere end tre måneder til en unionsborgers samkønnede ægtefælle?«

20. Sagsøgerne i hovedsagen, den rumænske, den ungarske, den nederlandske og den polske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

21. Med undtagelse af den nederlandske regering har alle procesdeltagere endvidere afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 21. november 2017. Den lettiske regering og Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, der ikke har indgivet skriftlige indlæg, har desuden afgivet mundtlige indlæg under dette retsmøde.

#### V. Bedømmelse

##### A. Om anvendeligheden af direktiv 2004/38

22. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 definerer de i henhold til dette direktiv berettigede personer som »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«<sup>4</sup>.

3 – Det andet spørgsmåls ordlyd synes at indeholde en skrivefejl. Den forelæggende ret har nemlig henvist til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38. Eftersom Robert Clabourn Hamilton er tredjelandsskatsborger, finder denne bestemmelse i modsætning til det nævnte direktivs artikel 7, stk. 2, imidlertid ikke anvendelse på hans situation. Det er i øvrigt denne sidstnævnte bestemmelse, der er nævnt i det fjerde spørgsmål.

4 – Min fremhævelse.

23. Robert Clabourn Hamilton kan inden for rammerne af tvisten i hovedsagen derfor ikke påberåbe sig direktivet. Som Domstolen allerede meget klart har fastslået, »fremgår [det] af en fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2004/38 under hensyn til deres ordlyd, systematik og formål, at de ikke giver grundlag for en afledt opholdsret for tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger«<sup>5</sup>.

24. Domstolen har imidlertid fastslået, at artikel 21, stk. 1, TEUF under visse omstændigheder kan danne grundlag for en afledt opholdsret, og at direktiv 2004/38 i denne forbindelse finder analog anvendelse<sup>6</sup>.

25. Selv om en tredjelandstatsborger, der er familiemedlem til en unionsborger, ikke har ret til ophold i den medlemsstat, hvori denne unionsborger er statsborger, kan vedkommende blive afskrækket fra at forlade denne stat for at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på en anden medlemsstats område, hvis den pågældende efter at være vendt tilbage til oprindelsesmedlemsstaten ikke har sikkerhed for at kunne fortsætte det familieliv, som han måtte have indledt i værtsmedlemsstaten<sup>7</sup>. For at kunne indrømmes denne afledte opholdsret skal unionsborgerens ophold i værtsmedlemsstaten imidlertid have kunnet sætte den pågældende i stand til at opbygge eller konsolidere et familieliv<sup>8</sup>.

26. Det står derfor nu fast, at »[s]åfremt et familieliv er blevet opbygget eller konsolideret i værtsmedlemsstaten i forbindelse med en unionsborgers reelle ophold i denne medlemsstat i henhold til og under overholdelse af betingelserne i artikel 7, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/38, kræver den effektive virkning af den berørte unionsborgers rettigheder i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF, at unionsborgerens familieliv i værtsmedlemsstaten kan fortsættes, når unionsborgeren vender tilbage til den medlemsstat, hvor den pågældende er statsborger, ved at det berørte familiemedlem, der er tredjelandstatsborger, indrømmes en afledt opholdsret. Uden en sådan afledt opholdsret ville unionsborgeren således kunne blive afskrækket fra at forlade den medlemsstat, hvor denne er statsborger, for at udøve sin opholdsret i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF i en anden medlemsstat, fordi den pågældende ikke har sikkerhed for at kunne fortsætte et familieliv med sine nære familiemedlemmer, som er blevet opbygget eller konsolideret i værtsmedlemsstaten, i sin oprindelsesmedlemsstat«<sup>9</sup>.

27. I det foreliggende tilfælde synes det ubestridt, at Relu Adrian Coman og Robert Clabourn Hamilton faktisk konsoliderede deres familieliv i forbindelse med, at Relu Adrian Coman, der er unionsborger, reelt opholdt sig i Belgien. Efter at have boet sammen i mere end fire år i New York og i denne forbindelse have opbygget et familieliv<sup>10</sup>, blev deres forhold ubestrideligt konsolideret ved deres ægteskab, som blev indgået i Bruxelles, den 5. november 2010.

5 – Dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 37). Jf. ligeledes dom af 10.5.2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, præmis 53), og af 14.11.2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 33).

6 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 50 og 61), af 10.5.2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, præmis 54 og 55), af 14.11.2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 46 og 61), og, hvad angår Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467, s. 2), dom af 11.12.2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, præmis 39).

7 – Jf. i denne retning dom af 11.12.2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, præmis 35, 36 og 45), af 8.11.2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, præmis 70), og af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 46). Domstolen fastslog allerede i 1992, at unionsborgers ret efter traktaterne til fri bevægelighed og til at etablere sig »ikke [ville] få fuld gennemslagskraft, såfremt en [unions]borger kunne opgive at udøve dem som følge af hindringer for hans eller hendes ægtefælles indrejse og ophold i [unions]borgerens oprindelsesland. En ægtefælle til en [unions]borger, der har udnyttet de nævnte rettigheder, må derfor ved [unions]borgerens tilbagevenden til sit oprindelsesland tillægges mindst de samme rettigheder med hensyn til indrejse og ophold som dem, vedkommende har i henhold til [EU-]retten i tilfælde af, at hans eller hendes ægtefælle vælger at indrejse og tage ophold i en anden medlemsstat« (dom af 7.7.1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, præmis 23). Om anvendelsen af denne retspraksis, jf. ligeledes dom af 11.7.2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, præmis 38 og 39).

8 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 51).

9 – Dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 54).

10 – Det fremgår af Domstolens praksis, at »tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, i medfør af direktiv 2004/38 har ret til at slutte sig til denne unionsborger i værtsmedlemsstaten, uanset om sidstnævnte har bosat sig *dér før eller efter* at have stiftet familie« (dom af 25.7.2008, Metock m.fl., C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 90, min fremhævelse).

28. Den omstændighed, at Robert Clabourn Hamilton og Relu Adrian Coman ikke boede sammen i denne by i en uafbrudt periode, kan efter min opfattelse ikke indebære, at deres forhold ikke længere anses for et egentligt parforhold. I en globaliseret verden forekommer det nemlig ikke sjældent, at et par, hvoraf den ene person arbejder i udlandet, i kortere eller længere perioder ikke deler den samme bopæl på grund af afstanden mellem de to lande, adgangen til transportmidler, den anden ægtefælles arbejde eller endog deres børns skolegang. Den omstændighed, at der ikke har været fælles bopæl, er ikke i sig selv afgørende for, om der foreligger et påvist og stabilt forhold – hvilket er tilfældet – og dermed om der består et familieliv<sup>11</sup>.

29. De spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, er derfor fortsat relevante, idet fortolkningen af de bestemmelser, der er omhandlet i anmodningen om præjudiciel afgørelse, kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) er forelagt.

## **B. Det første præjudicielle spørgsmål**

30. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om begrebet »ægtefælle« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, sammenholdt med chartrets artikel 7, 9, 21 og 45, omfatter en tredjelandstatsborger af samme køn som den unionsborger, med hvem den pågældende lovligt har indgået ægteskab i henhold til loven i en anden medlemsstat end værtsmedlemsstaten.

31. De parter, der har indgivet indlæg, foreslår to helt modsatrettede besvarelser. Sagsøgerne i hovedsagen, den nederlandske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning. Ifølge denne fortolkning er en tredjelandstatsborger af samme køn som den unionsborger, med hvem den pågældende lovligt har indgået ægteskab i henhold til en medlemsstats lovgivning, omfattet af begrebet »ægtefælle«. Den rumænske, den lettiske, den ungarske og den polske regering er derimod af den opfattelse, at dette begreb ikke er omfattet af EU-retten, men skal defineres i henhold til loven i værtsmedlemsstaten.

32. Denne sidstnævnte opfattelse kan jeg ikke tilslutte mig. Jeg er tværtimod af den opfattelse, at der skal anlægges en selvstændig fortolkning, og at denne fortolkning fører til, at begrebet »ægtefælle« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, skal forstås uden hensyntagen til, hvilket køn den person, der er gift med en unionsborger, har.

### **1. En selvstændig fortolkning af begrebet »ægtefælle«**

33. Selv om artikel 2, nr. 2), litra b), i direktiv 2004/38 om registreret partnerskab indeholder en henvisning til »betingelserne i værtsmedlemsstatens relevante lovgivning«, indeholder dette direktivs artikel 2, nr. 2), litra a), ingen henvisning til medlemsstaternes lovgivning med henblik på at fastlægge begrebet »ægtefælle«.

11 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 7.11.2013, Vallianatos m.fl. mod Grækenland (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73), Menneskerettighedsdomstolen, 21.7.2015, Oliari m.fl. mod Italien (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 169), og Menneskerettighedsdomstolen, 23.2.2016, Pajić mod Kroatien (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, § 65). Den omstændighed, at Relu Adrian Coman og Robert Clabourn Hamilton faktisk levede sammen i et parforhold, før dette parforhold blev »konsolideret« i en EU-medlemsstat, gør det muligt at adskille deres situation fra de situationer, der lå til grund for dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135).



34. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at det såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet følger, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen<sup>12</sup>. Denne fortolkning skal søges under hensyntagen ikke alene til bestemmelsens ordlyd, men ligeledes til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og det formål, som forfølges med den pågældende lovgivning<sup>13</sup>.

35. Denne tilgang er udtrykkeligt blevet anvendt i forbindelse med direktiv 2004/38. Jeg kan ikke se nogen grund til ikke at anvende denne tilgang ved fortolkningen af begrebet »ægtefælle«<sup>14</sup>.

36. Det er korrekt, at det er blevet fastslået, at lovgivningen om civilstand udelukkende henhører under medlemsstaternes kompetence, og at EU-retten ikke gør indgreb i denne kompetence<sup>15</sup>. Det er imidlertid nødvendigt at gøre to bemærkninger i denne forbindelse.

37. For det første fremgår det af en fast og tværgående retspraksis, at medlemsstaterne er forpligtet til at udøve deres kompetencer under overholdelse af EU-retten<sup>16</sup>. Civilstandsområdet er ikke undtaget fra denne regel, idet Domstolen udtrykkeligt har fastslået, at bestemmelserne vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling skal overholdes ved udøvelsen af denne kompetence<sup>17</sup>.

38. For det andet består det retlige problem, der er kernen i tvisten i hovedsagen, ikke i spørgsmålet om, hvorvidt to personer af samme køn lovligt kan indgå ægteskab, men i spørgsmålet om retten til fri bevægelighed for en unionsborger. Selv om det står medlemsstaterne frit at indføre samkønsægteskab i deres nationale retsorden<sup>18</sup>, har Domstolen imidlertid fastslået, at en situation, der på forhånd er reguleret af bestemmelser, der henhører under medlemsstaternes kompetence, har »en indre sammenhæng med den frie bevægelighed for en unionsborger, der er til hinder for, at [...] tredjelandstatsborgere nægtes indrejse- og opholdsret i den medlemsstat, hvor denne unionsborger har bopæl, [og dette] for ikke at gribe ind i denne frihed«<sup>19</sup>.

39. Den omstændighed, at der i visse nationale forfatninger<sup>20</sup> er fastsat bestemmelse om ægteskab, der udelukkende omfatter en union mellem en mand og en kvinde, kan ikke ændre denne tilgang.

12 – Jf. blandt flere dom af 18.10.2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

13 – Jf., for nylige anvendelser af denne tilgang, dom af 18.5.2017, Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, præmis 22), og af 27.9.2017, Nintendo (C-24/16 og C-25/16, EU:C:2017:724, præmis 70).

14 – Jf., hvad angår udtrykket »der lovligt har haft ophold« i artikel 16, stk. 1, første punktum, i direktiv 2004/38, dom af 21.12.2011, Ziolkowski og Szeja (C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, præmis 31-34). Jf. endvidere generaladvokat Bots forslag til afgørelse Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:174, punkt 39) og generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, punkt 29).

15 – Jf. i denne retning dom af 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, præmis 38), af 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, præmis 26), af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, præmis 59), og af 24.11.2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, præmis 58).

16 – Jf. vedrørende unionsborgerskab i relation til personnavne dom af 2.10.2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, præmis 25), vedrørende direkte beskatning dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 21), og vedrørende strafferetsområdet dom af 19.1.1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, præmis 17).

17 – Jf. i denne retning dom af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, præmis 59), og af 24.11.2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, præmis 58).

18 – Jf. i denne retning dom af 24.11.2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, præmis 59).

19 – Dom af 8.11.2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, præmis 72). Der var i denne sag tale om en bestemmelse om indrejse- og opholdsret for tredjelandstatsborgere uden for anvendelsesområdet for Rådets direktiv 2003/109/EF af 25.11.2003 om tredjelandstatsborgeres status som fastboende udlænding (EUT 2004, L 16, s. 44) eller om direktiv 2004/38.

20 – Der er tale om Republikken Bulgarien, Republikken Letland, Republikken Litauen og Republikken Polen.

40. Selv om det måtte blive fastslået, at opfattelsen af ægteskabet udgør en del af den nationale identitet i visse medlemsstater – hvilket ingen af de medlemsstater, der har indgivet skriftlige indlæg, udtrykkeligt har hævdet, idet dette synspunkt udelukkende blev fremført af den lettiske regering under retsmødet den 21. november 2017 – kan den forpligtelse til at respektere denne identitet, der er fastsat i artikel 4, stk. 2, TEU, ikke forstås uafhængigt af den forpligtelse til loyalt samarbejde, der er fastsat i samme bestemmelses stk. 3. Det fremgår af dette stykke, at medlemsstaterne har pligt til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne.

41. I det foreliggende tilfælde vedrører den forelæggende rets spørgsmål imidlertid udelukkende anvendelsen af direktiv 2004/38. Der er således udelukkende tale om at foretage en præcisering af rækkevidden af en forpligtelse, der følger af en EU-retsakt. En fortolkning af begrebet »ægtefælle«, der er begrænset til anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, stiller derfor ikke spørgsmålstejn ved, at medlemsstaterne på nuværende tidspunkt frit kan tage stilling til, om det skal være tilladt at indgå samkønsægteskab<sup>21</sup>.

42. Som jeg vil redegøre for i min vurdering af den sammenhæng, som direktiv 2004/38 indgår i, og de formål, der forfølges hermed, er de grundlæggende rettigheder, der er forbundet med begrebet »ægtefælle«, endvidere til hinder for, at der anlægges en fortolkning, som kan forhindre eller vanskeliggøre, at en homoseksuel unionsborger kan lade sig ledsage af den person, med hvem den pågældende har indgået ægteskab.

## ***2. Om begrebet »ægtefælle« som omhandlet i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38***

43. Der skal derfor anlægges en fortolkning af udtrykket »ægtefælle« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, der tager hensyn til denne bestemmelses ordlyd, den sammenhæng, hvori den indgår, og de formål, der forfølges med direktiv 2004/38.

### ***a) Om ordlyden og opbygningen af artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38***

44. Direktiv 2004/38 indeholder ikke en definition af udtrykket »ægtefælle«, som anvendes flere gange, herunder bl.a. i artikel 2, nr. 2), litra a).

45. Opbygningen af artikel 2, nr. 2), i direktiv 2004/38, sammenholdt med samme direktivs artikel 3, stk. 2, litra b), gør det muligt at konstatere, at begrebet »ægtefælle« er forbundet med udtrykket »ægteskab«.

46. Ud over direkte efterkommere og slægtninge i opstigende linje, som er nævnt i artikel 2, nr. 2), litra c) og d), i direktiv 2004/38, omfatter »familiemedlemmer« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/38, ægtefællen og den partner, med hvem en unionsborger har indgået et registreret partnerskab. Det fremgår af artikel 3, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/38, at de berettigede i henhold til direktivet også omfatter »den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning«.

21 – Det synspunkt, som Silvia Pfeiff har fremsat i forbindelse med en grundig undersøgelse af »rækkevidden af den personlige status«, kan overføres på virkningerne af direktiv 2004/38. Efter denne forfatters opfattelse »er hovedargumentet mod anerkendelsen af ægteskab mellem personer af samme køn et ønske om at beskytte det traditionelle ægteskab. Anerkendelsen af ægteskab mellem personer af samme køn, der er indgået i udlandet, udgør imidlertid ikke et direkte indgreb i det traditionelle ægteskab i forumstaten. Denne anerkendelse forhindrer ikke par af forskelligt køn i at indgå ægteskab. Denne anerkendelse giver heller ikke par af samme køn mulighed for at indgå ægteskab i værtsmedlemsstaten. Virkningen af anerkendelsen af et ægteskab mellem personer af samme køn, der er indgået i udlandet, berører således kun de pågældende par og udgør ikke et indgreb i den overordnede struktur« (S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, især nr. 636, s. 572, min fremhævelse).

47. Disse tre tilfælde vedrører nødvendigvis forskellige situationer, der går fra strenge til mere fleksible retlige betingelser, idet denne sondring i modsat fald ikke ville være relevant. Eftersom et forhold, der ikke er kendetegnet ved nogen retlig forbindelse, er omfattet af artikel 3 i direktiv 2004/38, og da et registreret partnerskab er nævnt i direktivets artikel 2, nr. 2), litra b), omfatter udtrykket »ægtefælle« det tredje og sidste tilfælde, der kan foreligge i retlig henseende, nemlig en forbindelse, der er baseret på ægteskab<sup>22</sup>.

48. Domstolen har i øvrigt allerede implicit, men utvivlsomt, knyttet ægteskab sammen med begrebet »ægtefælle« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38. Domstolen fastslog nemlig i forbindelse med dom af 25. juli 2008, *Metock m.fl.* (C-127/08, EU:C:2008:449), at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 skulle fortolkes således, »at en tredjelandstatsborger, som er ægtefælle til en unionsborger, som opholder sig i en medlemsstat, hvor han ikke er statsborger, som ledsager eller slutter sig til denne unionsborger, kan drage fordel af dette direktivs bestemmelser, uanset hvor og hvornår deres ægteskab blev indgået, og uanset hvorledes tredjelandstatsborgeren er indrejst i værtsmedlemsstaten«<sup>23</sup>.

49. Selv om det står klart, at udtrykket »ægtefælle« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 henviser til ægteskab, er det neutralt med hensyn til køn og har ingen forbindelse til det sted, hvor ægteskabet blev indgået.

50. EU-lovgivers valg om udtrykkeligt at henvise til værtsmedlemsstatens lovgivning for så vidt angår spørgsmålet om registreret partnerskab, bekræftes af den omstændighed, at det sted, hvor ægteskabet blev indgået, ikke har nogen betydning. Denne forskel kan nemt forklares ved den omstændighed, at det retlige begreb ægteskab giver de rettigheder og forpligtelser, som ægtefællerne har i medfør af ægteskabet, en vis i det mindste forudsat universel karakter, mens lovgivningerne om »partnerskab« er forskellige og ikke har det samme personelle og materielle anvendelsesområde og heller ikke de samme retsvirkninger<sup>24</sup>. EU-lovgiver har i øvrigt kun ladet de registrerede partnerskaber, der kan »sidestille[s] med ægteskab«, være omfattet af artikel 2, nr. 2), litra b) i direktiv 2004/38<sup>25</sup>.

51. Forarbejderne til direktiv 2004/38 gør det muligt at bekræfte, at der bevidst er valgt et neutralt ord. Selv om Kommissionen allerede havde anvendt udtrykket »ægtefælle« uden yderligere præcisering i sit oprindelige forslag<sup>26</sup>, ønskede Parlamentet nemlig, at det ved at tilføje formuleringen »uanset køn, i henhold til den relevante nationale lovgivning« skulle fremgå, at en persons køn ikke havde

22 – For at være helt nøjagtig er det endvidere muligt at sondre mellem den frie union og den situation, hvor et par har indgået en privatretlig aftale, der skal regulere deres forhold (i denne retning St. Franq. »Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etc.«, i *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, s. 253-281, særligt s. 255 og 256). Inden for rammerne af direktiv 2004/38 synes disse to tilfælde imidlertid efter min opfattelse at være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 2, litra b).

23 – Præmis 99 og punkt 2 i domskonklusionen til dommen, min fremhævelse. Jf. ligeledes dom af 17.4.1986, Reed (59/85, EU:C:1986:157). Domstolen fastslog i denne dom vedrørende fortolkningen af begrebet »ægtefælle« som omhandlet i den retsakt, der gik forud for direktiv 2004/38 [dvs. forordning (EØF) nr. 1612/68 ], at »[denne forordning] ved at anvende ordet »ægtefælle« kun henvis[te] til et ægteskabeligt forhold [og ikke til et fast samlivsforhold]« (præmis 15).

24 – Disse kriterier gør det muligt at sondre mellem mindst fem kategorier af registreret partnerskab inden for Unionen. Jf. i denne retning E. Goossens, »Different regulatory regimes for registered partnership and marriage: out-dated or indispensable?« i *Confronting the frontiers of family and succession law: liber amicorum Walter Pintens*, bind 1, Intersentia, Slp red., 2012, s. 633-650, særligt s. 634-638.

25 – Jeg er imidlertid i tvivl om, hvorvidt denne henvisning til værtsmedlemsstatens lovgivning giver mening i dag, og dette så meget desto mere som denne henvisning utvivlsomt skyldes den omstændighed, at anvendelsesområdet for artikel 2, nr. 2), litra b), i direktiv 2004/38 kun omfatter registrerede partnerskaber, der kan sidestilles med ægteskab. Menneskerettighedsdomstolen har nemlig klart fastslået, at artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4.11.1950 (herefter »EMRK«), pålægger de stater, der er parter i EMRK, en forpligtelse til at give par af samme køn mulighed for at opnå retlig anerkendelse og beskyttelse af deres parforhold. Dette indebærer konkret, at en stat, der har forbeholdt ægteskab for par af forskelligt køn, uden at indføre registreret partnerskab for par af samme køn, således tilsidesætter EMRK's artikel 8 og dermed chartrets artikel 7 (jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 21.7.2015, Oliari m.fl. mod Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). Det fremgår nemlig af chartrets artikel 52, stk. 3, at de rettigheder, der svarer til dem, som er sikret ved EMRK, har samme betydning og omfang som de rettigheder, der er tillagt ved EMRK. Henset til forklaringerne til chartret, som der i henhold til chartrets artikel 52, stk. 7, skal »tage[s] behørigt hensyn til«, svarer de rettigheder, der sikres ved chartrets artikel 7, til dem, der er sikret ved EMRK's artikel 8. De førstnævnte rettigheder har derfor samme betydning og omfang som de sidstnævnte rettigheder.

26 – Jf. artikel 2, nr. 2), litra a), i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2001) 257 endelig, EFT 2001, C 270 E, s. 150).

betydning<sup>27</sup>. Rådet for Den Europæiske Union gav imidlertid udtryk for sin tvivl med hensyn til at anvende en definition af udtrykket »ægtefælle«, der udtrykkeligt omfattede ægtefæller af samme køn, idet kun to medlemsstater på daværende tidspunkt havde vedtaget lovgivning, der tillod samkønsægteskab, og idet Domstolen endvidere havde fastslået, at den definition af ægteskab, som medlemsstaterne generelt accepterede på daværende tidspunkt, omfattede en union mellem to personer af forskelligt køn<sup>28</sup>. Kommissionen henviste til Rådets betæneligheder og foretrak »at begrænse [sit] forslag[...] til et ægtefællebegreb, der i princippet skal forstås som ægtefæller af forskelligt køn, med forbehold af en eventuel fremtidig ændring i situationen«<sup>29</sup>.

52. Efter min opfattelse kan der derfor af disse forarbejder ikke udledes argumenter, der underbygger det ene synspunkt fremfor det andet. Det står nemlig klart, at EU-lovgiver var fuldt ud bevidst om den uenighed, der kunne opstå med hensyn til fortolkningen af det på ikke anden måde definerede udtryk »ægtefælle«. EU-lovgiver ønskede imidlertid ikke at foretage en præcisering af dette begreb hverken med henblik på at begrænse dette udtryk til at omfatte ægteskaber mellem personer af forskelligt køn, eller til omvendt at lade dette udtryk omfatte samkønsægteskab, selv om Kommissionen imidlertid udtrykkeligt fremhævede muligheden for, at der kunne ske en udvikling på dette punkt. Dette forbehold fra Kommissionens side er væsentligt. Dette forbehold udelukker, at betydningen af begrebet »ægtefælle« kan anses for endelig fastlagt og uden sammenhæng med udviklingen i samfundet<sup>30</sup>.

53. Det følger således af denne første undersøgelse, at ordlyden af artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 er neutral. Dette valg fra lovgivers side gør det muligt at anlægge en fortolkning af begrebet »ægtefælle«, der ikke er afhængig af det sted, hvor ægteskabet blev indgået, og af spørgsmålet om de pågældende personers køn. Den sammenhæng, som direktiv 2004/38 indgår i, og det formål, der forfølges hermed, bekræfter denne fortolkning.

#### ***b) Om den sammenhæng, som artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 indgår i***

54. På det tidspunkt, hvor direktiv 2004/38 blev vedtaget, havde kun to EU-medlemsstater – Kongeriget Belgien og Kongeriget Nederlandene – vedtaget en lov, der gav personer af samme køn mulighed for at indgå ægteskab. Som jeg allerede har anført ovenfor, havde denne omstændighed betydning for Rådets valg om ikke at tiltræde Parlamentets ændringsforslag med henblik på at tilføje en mere eksplicit formulering af artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38.

55. Der skal imidlertid efter min opfattelse tages hensyn til den udvikling, som Kommissionen gjorde sig overvejelser om på tidspunktet for det ændrede forslag. Begrebet »ægtefælle« er endvidere tæt knyttet til flere grundlæggende rettigheder. En fortolkning ud fra sammenhængen kan derfor ikke foretages uden hensyntagen hertil.

27 – Jf. Europa-Parlamentets betænkning af 23.1.2003 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (A5-0009/2003).

28 – Jf. fælles holdning (EF) nr. 6/2004 af 5.12.2003 vedtaget af Rådet med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning 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 2004, C 54 E, s. 28). Selv om Rådet ikke gav oplysninger om den retspraksis, som det henviste til, henviste Kommissionen i sit ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2003) 199 endelig) til dom af 31.5.2001, D og Sverige mod Rådet (C-122/99 P og C-125/99 P, EU:C:2001:304, præmis 34).

29 – Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2003) 199 endelig, s. 11). Min fremhævelse.

30 – Denne risiko og den mere generelle vanskelighed ved at fastlægge lovgivers hensigt fører i øvrigt til at tillægge den historiske fortolkning en sekundær betydning. Jf. i denne retning Sc. Titshaw, »Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret »Spouse« in the E.U. Family Migration Directives«, *Bodson University International Law Journal*, 2016, bind 34:45, s. 45-112, særligt s. 76-78.

### 1) Om en evolutiv fortolkning af begrebet »ægtesfælle«

56. Som flere generaladvokater allerede har haft lejlighed til at argumentere for, skal EU-retten fortolkes »i lyset af de nuværende omstændigheder«<sup>31</sup>, dvs. under hensyntagen til den »nutidige realitet«<sup>32</sup> i Unionen. Lovgivningen må nemlig ikke »afskære sig fra det virkelige liv og skal så hurtigt som muligt tilpasse sig samfundet. I modsat fald er der fare for, at lovgivningen bliver udtryk for forældede synspunkter og kommer til at indtage en statisk rolle«<sup>33</sup>. Dette er utvivlsomt navnlig tilfældet inden for de områder, der vedrører samfundet. Generaladvokat Geelhoed har udtrykt det således, at »[h]vis der ikke tages hensyn til denne udvikling, er der risiko for, at de pågældende bestemmelser mister noget af deres effektivitet«<sup>34</sup>. Som Domstolen selv har fastslået, skal en EU-retlig bestemmelse fortolkes i lyset af EU-rettens udviklingstrin på tidspunktet for den pågældende bestemmelses anvendelse<sup>35</sup>.

57. Dette er baggrunden for, at den løsning, som Domstolen valgte i dom af 31. maj 2001, D og Sverige mod Rådet (C-122/99 P og C-125/99 P, EU:C:2001:304), hvorefter »begrebet »ægteskab« ifølge den definition, som anerkendes af samtlige medlemsstater, betegner en forening af to personer af forskelligt køn«<sup>36</sup>, efter min opfattelse er forældet.

58. Selv om kun to medlemsstater ved slutningen af 2004 tillod samkønsægteskab, har 11 medlemsstater nemlig efterfølgende ændret deres lovgivning i denne retning, og ægteskab mellem personer af samme køn vil ligeledes være muligt senest den 1. januar 2019<sup>37</sup>. Denne retlige anerkendelse af samkønsægteskaber er blot udtryk for en generel udvikling i samfundet med hensyn til dette spørgsmål. Dette bekræftes af statistiske undersøgelser<sup>38</sup>, og beslutningen i Irland om at tillade samkønsægteskab, der blev vedtaget ved en folkeafstemning, er et eksempel herpå<sup>39</sup>. Selv om der fortsat består forskellige holdninger til dette spørgsmål, herunder inden for Unionen<sup>40</sup>, er denne

31 – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, punkt 52).

32 – Jf. i denne retning generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:345, punkt 63).

33 – Generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, punkt 9).

34 – Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse Baumbast og R (C-413/99, EU:C:2001:385, punkt 20).

35 – Jf. dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 20).

36 – Præmis 34, min fremhævelse.

37 – Ved dom af 4.12.2017 (G 258-259/2017-9) annullerede den østrigske forfatningsdomstol nemlig bestemmelserne i civillovbogen, der begrænser adgangen til ægteskab for par af forskelligt køn, og fastslog desuden, at ægteskab mellem personer af samme køn vil være mulig fra den 1.1.2019 medmindre lovgiver træffer anden bestemmelse herom. De medlemsstater, der allerede har ændret deres lovgivning, er i kronologisk rækkefølge: Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Belgien, Kongeriget Spanien, Kongeriget Sverige, Den Portugisiske Republik, Kongeriget Danmark, Den Franske Republik, Det Forenede Kongerige Storbritannien (med undtagelse af Nordirland), Storhertugdømmet Luxembourg, Irland, Republikken Finland, Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Malta.

38 – 44% af den adspurgte befolkning i medlemsstaterne udtalte sig til fordel for samkønsægteskab i løbet af 2006 (jf. Standard Eurobarometer 66, efterår 2006, s. 43), mens dette antal var steget til 61% mindre end ti år senere (jf. Special Eurobarometer 437, »Discrimination in the EU in 2015«, s. 12).

39 – Den irske befolkning blev ved en folkeafstemning den 22.5.2015 forelagt spørgsmålet om, hvorvidt forfatningen skulle ændres med henblik på at indføre bestemmelse om, at ægteskab kunne indgås i henhold til lov af to personer uanset køn. Ud af de 1 935 907, der afgav deres stemme, stemte 1 201 607 for forslaget, dvs. 62,07% (jf. de i Iris Oifigiúil offentliggjorte resultater af 26.5.2015, nr. 42, s. 1067-1069: [www.irisoifigiuiul.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF](http://www.irisoifigiuiul.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF)).

40 – I modsætning til situationen i Irland blev muligheden for at indgå samkønsægteskab f.eks. forkastet ved en folkeafstemning i Kroatien den 1.12.2013.

udvikling imidlertid udtryk for en generel tendens. Denne form for ægteskab findes nemlig nu på samtlige kontinenter<sup>41</sup>. Der er således ikke tale om en konstatering, der er knyttet til en bestemt kultur eller historisk baggrund, men derimod om en konstatering, der er i overensstemmelse med den universelle anerkendelse af forskellige former for familiemønstre<sup>42</sup>.

## 2) Om de grundlæggende rettigheder i forbindelse med begrebet »ægtefælle«

59. Begrebet »ægtefælle« som omhandlet i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 er nødvendigvis forbundet med familielivet og derfor omfattet af den beskyttelse af familielivet, der følger af chartrets artikel 7. Omfanget af denne artikel skal derfor fastlægges ved en fortolkning ud fra sammenhængen<sup>43</sup>. I denne forbindelse kan der ikke ses bort fra udviklingen i Menneskerettighedsdomstolens praksis.

60. Det fremgår nemlig af chartrets artikel 52, stk. 3, at de rettigheder, der svarer til de rettigheder, som er sikret ved EMRK, har samme betydning og omfang som i konventionen. Det fremgår imidlertid af forklaringerne til chartret – som »Unionens [...] domstole tager behørigt hensyn til«<sup>44</sup> – at de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7, svarer til dem, der er sikret ved EMRK's artikel 8. De førstnævnte rettigheder har derfor den samme betydning og omfang som de sidstnævnte<sup>45</sup>.

61. Udviklingen i Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende EMRK's artikel 8 har således afgørende betydning.

41 – Hvis jeg ikke tager fejl, er samkønsægteskab hidtil og i hvert fald blevet tilladt ved lov i Canada (Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33), i New Zealand [Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, 2013 N° 20], i Sydafrika (Civil Union Act, 2006, Act N° 17 of 2006), i Argentina [Ley 26 618 (Ley de Matrimonio Igualitario)], i Uruguay (Ley N° 19 075, Matrimonio Igualitario), og endog i Brasilien (Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça) og gennem retspraksis i Mexico (dom nr. 155/2015 afsagt af den øverste domstol den 3.6.2015), i De Forenede Stater (dom afsagt af den øverste domstol den 26.6.2015, »Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al«, 576 U.S. (2015)), i Colombia (forfatningsdomstolens dom SU-214/16 af 28.4.2016, sag T 4167863 AC) eller i Taiwan (dom afsagt af Republikken Kinas forfatningsdomstol (Taiwan) den 24.5.2017, J.Y. Interpretation N° 748, vedrørende de fælles søgsmål anlagt af Huei-Tai-12674 og Huei-Tai-12771).

42 – Ud over de tretten medlemsstater, der har tilladt ægteskab mellem personer af samme køn, har ni medlemsstater givet par af samme køn mulighed for at indgå registreret partnerskab. Der er tale om Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Den Helleniske Republik, Republikken Kroatien, Den Italienske Republik, Republikken Cypern, Republikken Ungarn og Republikken Østrig (hvor samkønsægteskaber som nævnt ovenfor vil blive tilladt senest den 1.1.2019). Til trods for den positive forpligtelse, der følger af EMRK's artikel 8 – og dermed af chartrets artikel 7 – om at give par af samme køn mulighed for at opnå retlig anerkendelse og beskyttelse af deres parforhold (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 21.7.2015, Oliari m.fl. mod Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185), har seks medlemsstater ikke givet mulighed for nogen form for officiel og retlig anerkendelse af par af samme køn (Republikken Bulgarien, Republikken Litauen, Republikken Polen, Republikken Letland, Republikken Rumænien og Republikken Slovakiet).

43 – Det fremgår udtrykkeligt af 31. betragtning til direktiv 2004/38, at dette direktiv respekterer de grundlæggende rettigheder, som anerkendes i chartret. Den forelæggende ret har endvidere henvist til chartrets artikel 9 (ret til at indgå ægteskab og ret til at stifte familie), artikel 21 (ikke-forskelsbehandling) og artikel 45 (fri bevægelighed og opholdsret). Chartrets artikel 9 er efter min opfattelse ikke relevant. For det første fremgår det nemlig af de forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder (EUT 2007, C 303, s. 17), der vedrører denne artikel, at »[a]ffattelsen af denne ret er moderniseret [i forhold til EMRK's artikel 12], således at den også omfatter tilfælde, hvor den nationale lovgivning anerkender andre måder at stifte familie på end ved ægteskab. Denne artikel *forbyder eller foreskriver*, at partnerskaber mellem personer af samme køn kan få samme status som ægteskab« (min fremhævelse). Den valgfrihed, som medlemsstaterne har i denne forbindelse, er blevet bekræftet af praksis fra Domstolen (jf. i denne retning dom af 24.11.2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, præmis 59) og Menneskerettighedsdomstolen (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolen, 9.6.2016, Chapin og Charpentier mod Frankrig, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, §§ 38 og 39). For det andet havde Relu Adrian Coman og Robert Clabourn Hamilton i det foreliggende tilfælde mulighed for at udøve denne rettighed i Belgien. Den bevægelsesfrihed, der er fastsat i chartrets artikel 45, er præciseret i direktiv 2004/38. Jeg vil undersøge, hvilken betydning denne rettighed har for fortolkningen af begrebet »ægtefælle«, i forbindelse med undersøgelsen af det formål, der forfølges med direktiv 2004/38.

44 – Chartrets artikel 52, stk. 7.

45 – Jf. i denne retning forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder, »Forklaring ad artikel 7 – Respekt for privatliv og familieliv« (EUT 2007, C 303, s. 20).

62. Selv om Menneskerettighedsdomstolen gentagne gange havde fastslået, at staterne frit kunne beslutte at tillade samkønsægteskab<sup>46</sup>, fastslog den nemlig i begyndelsen af 2010, at det var »kunstigt at fastholde den opfattelse, at et par af samme køn i modsætning til et par af forskelligt køn ikke kan føre et »familieliv« som omhandlet i [EMRK's] artikel 8«<sup>47</sup>. Denne fortolkning er efterfølgende blevet bekræftet ved flere lejligheder<sup>48</sup>. Menneskerettighedsdomstolen har endvidere bekræftet, at EMRK's artikel 8 indebærer en forpligtelse for staterne til at give par af samme køn mulighed for at opnå retlig anerkendelse og beskyttelse af deres parforhold<sup>49</sup>.

63. Denne udvikling i opfattelsen af familielivet har helt sikkert haft en indvirkning på tredjelandstatsborgeres ret til ophold. Selv om EMRK's artikel 8 ikke medfører en generel forpligtelse til at give opholdsret til ægtefæller, der ikke er statsborgere, eller til at tillade familiesammenføring på en kontraherende stats område, kan de afgørelser, som staterne træffer, nemlig i visse tilfælde udgøre et indgreb i udøvelsen af retten til respekt for privatliv og familieliv, som er beskyttet ved EMRK's artikel 8<sup>50</sup>. Dette er navnlig tilfældet, når de berørte i værtsmedlemsstaten har tilstrækkeligt tætte personlige og familiemæssige forbindelser, som i alvorlig grad kan blive skadet, såfremt den pågældende foranstaltning anvendes<sup>51</sup>.

64. Menneskerettighedsdomstolen har imidlertid fastslået, at selv om »hensynet til beskyttelsen af den traditionelle familie under visse omstændigheder k[an] udgøre et berettiget formål, udgør dette hensyn efter [denne domstols] opfattelse inden for det omhandlede område, dvs. tildeling af opholdstilladelse til en udenlandsk partner af samme køn på grund af familiemæssig tilknytning, ikke et »særlig solidt og overbevisende« hensyn, der i det konkrete tilfælde kan begrunde forskelsbehandling på grund af seksuel orientering«<sup>52</sup>.

65. Menneskerettighedsdomstolen synes at være tilbøjelig til at fastslå, at forskelsbehandling, der udelukkende – *eller på afgørende vis* – er begrundet i hensyn, der vedrører klagerens seksuelle orientering, ganske enkelt er uforenelig med EMRK<sup>53</sup>. Generaladvokat Jääskinen har i en anden sammenhæng tilkendegivet et tilsvarende synspunkt. Efter denne generaladvokats opfattelse syntes det nemlig »klart, at formålet om at beskytte ægteskabet eller familien ikke kan begrunde en forskelsbehandling[, idet d]et er vanskeligt at forestille sig, hvilken kausal forbindelse der kunne forene denne type forskelsbehandling, som midlet, og beskyttelsen af ægteskabet, som den positive effekt, der kunne være resultatet heraf«<sup>54</sup>.

66. Denne udvikling i retten til respekt for familielivet synes derfor efter min opfattelse at føre til en fortolkning af begrebet »ægtefælle«, der nødvendigvis ikke er afhængig af, hvilket køn de pågældende har, når dette begreb afgrænses af anvendelsesområdet for direktiv 2004/38.

46 – Jf. i denne retning for den seneste bekræftelse heraf og en gennemgang af tidligere retspraksis, Menneskerettighedsdomstolen, 9.6.2016, Chapin og Charpentier mod Frankrig (CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, §§ 38 og 39) (vedrørende EMRK's artikel 12) og præmis 48 (vedrørende EMRK's artikel 8 sammenholdt med EMRK's artikel 14, som forbyder forskelsbehandling).

47 – Menneskerettighedsdomstolen, 24.6.2010, Schalk og Kopf mod Østrig (CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 94).

48 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 7.11.2013, Vallianatos m.fl. mod Grækenland (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73), Menneskerettighedsdomstolen, 23.2.2016, Pajić mod Kroatien (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, præmis 64), Menneskerettighedsdomstolen, 14.6.2016, Aldeguer Tomás mod Spanien (CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, § 75), og Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 58).

49 – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 21.7.2015, Oliari m.fl. mod Italien (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185).

50 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 56).

51 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 56).

52 – Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, præmis 93). Om et manglende »solidt og overbevisende hensyn«, herunder hensynet til beskyttelsen af familien »i udtrykkets traditionelle forstand«, som begrundelse for at udøve forskelsbehandling på grund af seksuel orientering, jf. ligeledes Menneskerettighedsdomstolen, 7.11.2013, Vallianatos m.fl. mod Grækenland (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109). I dette sidstnævnte tilfælde var der tale om, at par af samme køn ikke var omfattet af en lov om registreret partnerskab, og dette selv om Den Helleniske Republik ikke gav disse par mulighed for at opnå en anden form for officiel og retlig anerkendelse i modsætning til, hvad der var tilfældet for par af forskelligt køn.

53 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 23.2.2016, Pajić mod Kroatien (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, §§ 59 og 84), og Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 89).

54 – Generaladvokat Jääskinen's forslag til afgørelse Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, punkt 175).

67. Denne fortolkning giver nemlig den bedste beskyttelse af respekten for familielivet, således som denne rettighed er sikret ved chartrets artikel 7, og overlader det samtidig til medlemsstaterne at beslutte, om de vil tillade eller ikke tillade samkønsægteskab. En modsatrettet fortolkning ville til gengæld udgøre forskelsbehandling af gifte par alt afhængigt af, om der er tale om par af samme køn eller par af forskelligt køn, idet ingen medlemsstater har fastsat et forbud mod ægteskab mellem personer af forskelligt køn. En sådan forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering ville derfor ikke være forenelig med direktiv 2004/38 og chartret, således som dette skal fortolkes i lyset af EMRK.

**c) Om det med direktiv 2004/38 forfulgte formål**

68. Det formål, der forfølges med direktiv 2004/38, bekræfter også, at der skal foretages en fortolkning af udtrykket »ægtefælle«, der ikke tager hensyn til seksuel orientering.

69. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at direktiv 2004/38 tilsigter at lette udøvelsen af den grundlæggende og personlige ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, som i medfør af artikel 21, stk. 1, TEUF direkte er tillagt unionsborgerne, og at styrke denne rettighed<sup>55</sup>.

70. Dette formål er nævnt allerede i første betragtning til direktiv 2004/38. I anden betragtning tilføjes, at den frie bevægelighed for personer er en af de grundlæggende friheder i det indre marked, som i øvrigt er fastsat i chartrets artikel 45.

71. I femte betragtning til direktiv 2004/38 anføres endvidere, at for 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<sup>56</sup>. Som Domstolen har fastslået ved flere lejligheder, ville udøvelsen af de friheder, som unionsborgerne er sikret i henhold til traktaten, nemlig være alvorligt hindret, hvis de ikke havde ret til at have et normalt familieliv i værtsmedlemsstaten<sup>57</sup>.

72. Som jeg har bemærket i forbindelse med min undersøgelse af, om direktiv 2004/38 finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, ville unionsborgere således kunne blive afskrækket fra at forlade den medlemsstat, hvori de er statsborgere, og at etablere sig i en anden medlemsstat, såfremt den pågældende efter sin tilbagevenden til oprindelsesmedlemsstaten ikke har sikkerhed for at kunne fortsætte et familieliv, som den pågældende måtte have indledt ved ægteskab eller familiesammenføring i værtsmedlemsstaten<sup>58</sup>.

73. Henset til disse formål har Domstolen gentagne gange fastslået, at bestemmelserne i direktiv 2004/38 ikke kan fortolkes restriktivt, og at de under alle omstændigheder ikke bør fratages deres effektive virkning<sup>59</sup>. Domstolen har selv fastslået, at der her er tale om princippet om, »at der skal anlægges en udvidende fortolkning af de bestemmelser, der i lighed med direktiv 2004/38 fastsætter unionsborgeres frie bevægelighed, som er et af Unionens grundlæggende principper«<sup>60</sup>.

55 – Jf. i denne retning dom af 25.7.2008, *Metock m.fl.* (C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 82), af 12.3.2014, *O. og B.* (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 35), af 18.12.2014, *McCarthy m.fl.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, præmis 31), og af 14.11.2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 31).

56 – Jf. i denne retning dom af 18.12.2014, *McCarthy m.fl.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, præmis 33), og af 14.11.2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 31).

57 – Jf. i denne retning dom af 25.7.2008, *Metock m.fl.* (C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 62), og før direktiv 2004/38, dom af 11.7.2002, *Carpenter* (C-60/00, EU:C:2002:434, præmis 38 og 39).

58 – Jf. i denne retning dom af 7.7.1992, *Singh* (C-370/90, EU:C:1992:296, præmis 19, 20 og 23), af 11.7.2002, *Carpenter* (C-60/00, EU:C:2002:434, præmis 38), af 11.12.2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, præmis 35 og 36), af 25.7.2008, *Metock m.fl.* (C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 64), af 8.11.2012, *Iida* (C-40/11, EU:C:2012:691, præmis 70), og af 12.3.2014, *O. og B.* (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 46).

59 – Jf. dom af 25.7.2008, *Metock m.fl.* (C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 84), og af 18.12.2014, *McCarthy m.fl.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, præmis 32).

60 – Dom af 16.1.2014, *Reyes* (C-423/12, EU:C:2014:16, præmis 23). Om anvendelsen af dette princip på de retsakter, der gik forud for direktiv 2004/38, jf. dom af 17.9.2002, *Baumbast og R* (C-413/99, EU:C:2002:493, præmis 74), og af 11.12.2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, præmis 43).



74. Ved valget mellem en fortolkning af udtrykket »ægtefælle«, der begrænser anvendelsesområdet for direktiv 2004/38, og en anden fortolkning, der under hensyntagen til den fortolkede bestemmelses ordlyd og den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, fremmer den frie bevægelse for flest mulige unionsborgere, skal den sidstnævnte fortolkning derfor foretrækkes.

75. Dette fortolkningsmæssige valg er så meget desto mere begrundet, som det er i tråd med et andet af de formål, der forfølges med direktiv 2004/38, og som fremgår af 31. betragtning til dette direktiv, hvorefter medlemsstaterne gennemfører direktiv 2004/38 »uden at forskelsbehandle de omfattede personer på grund af [...] seksuel orientering«. En definition af udtrykket »ægtefælle«, der er begrænset til ægteskab mellem personer af forskelligt køn, vil imidlertid uundgåeligt føre til situationer med forskelsbehandling på grund af seksuel orientering<sup>61</sup>.

76. Endelig vil en fortolkning af begrebet »ægtefælle«, der ikke tager hensyn til de berørte personers køn, endvidere kunne sikre en høj grad af retssikkerhed og gennemsigtighed, fordi en unionsborger, der lovligt har indgået ægteskab, har sikkerhed for, at dennes ægtefælle, uanset den pågældendes køn, vil blive anset for unionsborgerens ægtefælle i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, i de 27 andre EU-medlemsstater<sup>62</sup>.

### 3. Foreløbig konklusion

77. De fortolkninger ud fra ordlyden, sammenhængen og formålet, der er anlagt af begrebet »ægtefælle« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, fører til at give dette begreb et selvstændigt indhold, der ikke tager hensyn til seksuel orientering<sup>63</sup>.

78. Det skal indledningsvis bemærkes, at det følger af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten og af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, der ikke er defineret, og som ikke indeholder en udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes lovgivning med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen.

79. Det bemærkes desuden, at selv om opbygningen af artikel 2, nr. 2), i direktiv 2004/38, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, stk. 2, litra b), knytter begrebet »ægtefælle« sammen med ægteskab, har lovgiver i øvrigt bevidst valgt at anvende et neutralt udtryk, der ikke er yderligere præciseret.

80. Endelig fører såvel samfundsudviklingen i Europa – som antallet af lovgivninger, der tillader samkønsægteskab, og den gældende definition af familieliv som omhandlet i chartrets artikel 7 er udtryk for – som formålene med direktiv 2004/38, der er at fremme unionsborgernes frie bevægelighed under hensyntagen til deres seksuelle orientering, til at anlægge en fortolkning af begrebet »ægtefælle«, der ikke tager hensyn til seksuel orientering<sup>64</sup>.

61 – Jf. i denne retning Sc. Titshaw, »Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret »Spouse« in the E.U. Family Migration Directives«, *Bodson University International Law Journal*, 2016, bind 34:45, s. 45-112, særligt s. 106.

62 – For en illustration af, hvorledes der i forbindelse med fortolkningen af en bestemmelse i direktiv 2004/38 kan tages hensyn til retssikkerhed og gennemsigtighed, jf. dom af 15.9.2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, præmis 61), og af 25.2.2016, Garcia-Nieto m.fl. (C-299/14, EU:C:2016:114, præmis 49).

63 – Jf. i denne retning Sc. Titshaw, »Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret »Spouse« in the E.U. Family Migration Directives«, *Bodson University International Law Journal*, 2016, bind 34:45, s. 45-112, særligt s. 83 og 111.

64 – Det fremgår af en gennemgang af retslitteraturen, at den indvirkning, som den frie bevægelighed, retten til respekt for familielivet og forbuddet mod forskelsbehandling har på begrebet »ægtefælle« som omhandlet i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38, generelt er af afgørende betydning. Den konklusion, der fremgår af den konsulterede retslitteratur, er den samme som den konklusion, jeg er nået frem til. Jf. bl.a. A. Tryfonidou, »EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the Case for Mutual Recognition«, *Columbia Journal of European Law*, 2015, bind 21, s. 195-248, Chl. Bell og N. Bačić Selanec, »Who is a »spouse« under the Citizens' Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU«, *European Law Review*, 2016, bind 41, nr. 5, s. 655-686, J. Borg-Barthet, »The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU«, *Journal of Private International Law*, 2012, bind 8, nr. 2, s. 359-388, M. Bonini Baraldi, »EU Family Policies Between Domestic »Good Old Values« and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families«, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, bind 15, nr. 4, s. 517-551.

### C. Om det andet præjudicielle spørgsmål

81. Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål oplyst, om artikel 3, stk. 1, og artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38, sammenholdt med chartrets artikel 7, 9, 21 og 45, kræver, at værtsmedlemsstaten tildeler en ret til ophold på medlemsstatens område eller til ophold i mere end tre måneder til en unionsborgers samkønnede ægtefælle.

82. Det fremgår klart af artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38, at en unionsborgers ret til at opholde sig i mere end tre måneder på en anden medlemsstats område omfatter den pågældendes ægtefælle, der er statsborger i et tredjeland, og som ledsager eller slutter sig til unionsborgeren i værtsmedlemsstaten, såfremt unionsborgeren opfylder betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra a), b) og c), i direktiv 2004/38.

83. Der er således tale om en automatisk ret til ophold. Dette bekræftes af artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38.

84. Domstolen har nemlig fastslået, at det »følger [...] såvel af ordlyden af artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 som af denne bestemmelses generelle opbygning, at unionslovgiver har foretaget en sondring mellem familiemedlemmer til en unionsborger, som er defineret i artikel 2, nr. 2), i direktiv 2004/38, der under de i dette direktiv fastsatte betingelser råder over en ret til indrejse og ophold i nævnte unionsborgers værtsmedlemsstat, og andre familiemedlemmer som omhandlet i samme direktivs artikel 3, stk. 2, første afsnit, litra a), hvis indrejse og ophold alene skal lettes af dennes medlemsstat«<sup>65</sup>.

85. Som anført ovenfor kunne Robert Clabourn Hamilton inden for rammerne af tvisten i hovedsagen imidlertid ikke påberåbe sig direktivet, idet bestemmelserne i direktiv 2004/38 ikke giver grundlag for en afledt opholdsret for tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger<sup>66</sup>.

86. Robert Clabourn Hamilton burde imidlertid i princippet kunne opnå en afledt opholdsret i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF og være omfattet af direktiv 2004/38 ud fra en analogislutning<sup>67</sup>.

87. Som det fremgår af Domstolens praksis, bør de betingelser for at tildele en afledt opholdsret, der gælder i den pågældendes ægtefælles oprindelsesmedlemsstat, under disse omstændigheder derfor principielt ikke være strengere end dem, som er fastsat i det nævnte direktiv, såfremt den pågældende befinder sig i en situation, hvor den pågældendes ægtefælle har udøvet sin ret til fri bevægelighed ved at bosætte sig i en anden medlemsstat end den, hvor den pågældende er statsborger<sup>68</sup>.

88. En analog anvendelse af direktiv 2004/38 indebærer i det foreliggende tilfælde, at betingelserne for at tildele en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, ret til ophold i mere end tre måneder, i princippet ikke bør være strengere end dem, som er fastsat i det samme direktivs artikel 7, stk. 2.

65 – Dom af 5.9.2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, præmis 19).

66 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 37). Jf. ligeledes dom af 10.5.2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, præmis 53), og af 14.11.2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 33).

67 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 50 og 61), af 10.5.2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, præmis 54 og 55), såvel som af 14.11.2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, præmis 46 og 61). Jf. ligeledes redegørelsen i afsnit V, punkt A. Om anvendeligheden af direktiv 2004/38 i dette forslag til afgørelse.

68 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2014, O. og B. (C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 61).

#### D. Om det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål

89. Det tredje og det fjerde spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, opstår kun, såfremt begrebet »ægtefælle« som omhandlet i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at det udelukkende omfatter par af forskelligt køn, der har indgået ægteskab.

90. Eftersom denne konklusion efter min opfattelse er i strid med ordlyden af den omhandlede bestemmelse, den sammenhæng, som den indgår i, og de formål, der forfølges med direktiv 2004/38, er det ikke nødvendigt at besvare disse spørgsmål. Jeg vil imidlertid for fuldstændighedens skyld kort behandle disse spørgsmål. De skal i øvrigt behandles samlet.

91. Den forelæggende ret ønsker således med det tredje og det fjerde spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, og med hvem den pågældende unionsborger har indgået ægteskab i overensstemmelse med loven i en anden medlemsstat end værtsmedlemsstaten, såfremt denne tredjelandsstatsborger ikke anses for »ægtefælle« som omhandlet i direktiv 2004/38, henhører under »alle andre familiemedlemmer« eller betragtes som »den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning« som omhandlet i det nævnte direktivs artikel 3, stk. 2, litra a) eller b), og hvilke konsekvenser der skal drages af denne eventuelle kvalifikation.

92. Som jeg har forklaret ovenfor, forekommer det i dag kunstigt at argumentere for, at et par af samme køn ikke kan føre et familieliv i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i chartrets artikel 7<sup>69</sup>.

93. Der kan derfor ikke herske tvivl om, at en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, og med hvem den pågældende unionsborger har indgået ægteskab i overensstemmelse med loven i en medlemsstat, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 og således henhører under »alle andre familiemedlemmer« eller betragtes som den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning.

94. Det fremgår imidlertid af dom af 5. september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519), at artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 ikke forpligter medlemsstaterne til at anerkende en ret til indrejse og ophold for personer, der er omfattet af anvendelsesområdet for denne bestemmelse. Denne bestemmelse forpligter medlemsstaterne til at give ansøgninger indgivet af personer, der er omfattet af anvendelsesområdet for denne bestemmelse, en vis fortrinsret i forhold til ansøgninger om indrejse og ophold fra andre tredjelandsstatsborgere<sup>70</sup>.

95. Domstolen bemærkede, at medlemsstaterne for at opfylde denne forpligtelse »i overensstemmelse med artikel 3, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/38 [skulle] gøre det muligt for de personer, der er omhandlet i samme artikels stk. 2, første afsnit, at opnå en afgørelse om deres ansøgning, som er baseret på en grundig undersøgelse af deres personlige omstændigheder, og som, såfremt der meddeles afslag, er begrundet«<sup>71</sup>.

96. Domstolen fastslog endvidere, at medlemsstaterne har et »vidt skøn med hensyn til valget af de faktorer, som der skal tages hensyn til[, idet v]ærtsmedlemsstaten [...] ikke desto mindre [skal] sørge for, at dens lovgivning indeholder kriterier, som er i overensstemmelse med den almindelige betydning af udtrykket »skal lette« [...], og som ikke fratager denne bestemmelse dens effektive virkning«<sup>72</sup>.

69 – Jf. redegørelsen *ovenfor* i afsnit V, B, punkt 2, litra b), Om de grundlæggende rettigheder i forbindelse med begrebet »ægtefælle« i dette forslag til afgørelse.

70 – Jf. i denne retning dom af 5.9.2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, præmis 21).

71 – Dom af 5.9.2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, præmis 22 og 26).

72 – Dom af 5.9.2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, præmis 24 og 26).

97. Dette skøn synes efter min opfattelse begrænset i den situation, som den forelæggende ret har beskrevet.

98. For det første er det ikke muligt at udelukke eller på afgørende vis at begrunde et afslag på at imødekomme en ansøgning om indrejse og ophold fra en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, og med hvem den pågældende unionsborger har indgået ægteskab i overensstemmelse med loven i en medlemsstat, med henvisning til den pågældendes seksuelle orientering, idet dette udgør en tilsidesættelse af chartrets artikel 7 og 21<sup>73</sup>. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at »selv om hensynet til beskyttelsen af den traditionelle familie under visse omstændigheder kan udgøre et berettiget formål i henhold til [EMRK's] artikel 14[, der forbyder forskelsbehandling], er det [Menneskerettighedsdomstolens] opfattelse, at dette hensyn inden for det omhandlede område, dvs. *tildeling af opholdstilladelse til en udenlandsk partner af samme køn på grund af familiemæssig tilknytning*, ikke udgør et »særlig solidt og overbevisende« hensyn, der i det konkrete tilfælde kan begrunde forskelsbehandling på grund af seksuel orientering«<sup>74</sup>.

99. For det andet er forpligtelsen til at lette indrejse og ophold for en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, og med hvem den pågældende unionsborger har indgået ægteskab, så meget desto mere bindende og skønnet begrænset, når medlemsstaten ikke giver mulighed for samkønsægteskab og heller ikke giver mulighed for, at par af samme køn kan indgå registreret partnerskab. Det følger nemlig af EMRK's artikel 8 og dermed af chartrets artikel 7, at der består en positiv forpligtelse til at give såvel disse personer som heteroseksuelle mulighed for at opnå retlig anerkendelse og beskyttelse af deres parforhold<sup>75</sup>. Tildeling af opholdstilladelse til en unionsborgers ægtefælle udgør den anerkendelse og minimumsgaranti, som de kan tildeles.

## VI. Forslag til afgørelse

100. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

- »1) Artikel 2, nr. 2), litra a), 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 (EF) 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 begrebet »ægtefælle« omfatter en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, med hvem den pågældende lovligt har indgået ægteskab.
- 2) Artikel 3, stk. 1, og artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der ledsager den pågældende unionsborger på en anden medlemsstats område, har ret til at opholde sig på denne medlemsstats område i mere end tre måneder, såfremt den pågældende opfylder betingelserne i dette direktivs artikel 7, stk. 2, litra a), b) eller c).

Artikel 21, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at bestemmelserne i direktiv 2004/38 finder analog anvendelse på en situation, hvor en unionsborger har opbygget eller konsolideret et familieliv med en tredjelandstatsborger i forbindelse med et reelt ophold i en anden medlemsstat end den, hvor den pågældende er statsborger, når den pågældende unionsborger sammen med det pågældende familiemedlem vender tilbage til sin oprindelsesmedlemsstat. I dette tilfælde bør betingelserne for

73 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 23.2.2016, Pajić mod Kroatien (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, §§ 59 og 84), og Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 89).

74 – Menneskerettighedsdomstolen, 30.6.2016, Taddeucci og McCall mod Italien (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 93, min fremhævelse).

75 – Jf. i denne retning, Menneskerettighedsdomstolen, 21.7.2015, Oliari m.fl. mod Italien (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185).

at tildele en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, ret til ophold i mere end tre måneder, i princippet ikke være strengere end dem, som er fastsat i artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38.

- 3) Artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at denne bestemmelse kan finde anvendelse på situationen for en unionsborgers samkønnede ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, med hvem den pågældende unionsborger lovligt har indgået ægteskab i overensstemmelse med loven i en medlemsstat, idet den pågældende enten henhører under »alle andre familiemedlemmer« eller betragtes som »den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning«.
- 4) Artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således:
  - at denne bestemmelse ikke medfører en forpligtelse for medlemsstaterne til at indrømme en opholdsret på deres område i mere end tre måneder til en tredjelandstatsborger, der lovligt har indgået ægteskab med en unionsborger af samme køn
  - at denne bestemmelse imidlertid pålægger medlemsstaterne i deres lovgivninger at indføre kriterier, der gør det muligt for den pågældende statsborger at få en afgørelse vedrørende sin ansøgning om indrejse og ophold, som er baseret på en grundig undersøgelse af den pågældendes personlige situation, og som i tilfælde af et afslag er begrundet
  - at de nævnte kriterier, selv om medlemsstaterne har et vidt skøn ved valget af disse kriterier, imidlertid skal være i overensstemmelse med den almindelige betydning af udtrykket »skal lette« og ikke fratage denne bestemmelse dens effektive virkning
  - at et afslag på ansøgningen om indrejse og ophold under alle omstændigheder ikke kan være begrundet med henvisning til den berørte persons seksuelle orientering.«