



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. SZPUNAR

fremsat den 20. maj 2014¹

Sag C-202/13

**Sean Ambrose McCarthy
Helena Patricia McCarthy Rodriguez
Natasha Caley McCarthy Rodriguez
mod
Secretary of State for the Home Department**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Det Forenede Kongerige))

»Retten til indrejse og kortvarigt ophold — tredjelandstatsborger, som er familiemedlem til en unionsborger, og som er i besiddelse af et opholdskort fra en medlemsstat — national lovgivning, hvorefter indrejsen på det nationale område er betinget af forudgående opnåelse af en indrejsetilladelse«

Indhold

I – Indledning	3
II – Retsgrundlag	3
A – EU-retten	3
1. Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde	3
2. Protokol nr. 20	4
3. Direktiv 2004/38	4
4. Forordning (EF) nr. 539/2001	6
5. Forordning (EF) nr. 562/2006	6
B – National ret	6
III – De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen	7

¹ — Originalsprog: fransk.

IV – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen	9
V – Gennemgang	10
A – Om anvendeligheden af direktiv 2004/38	10
1. Indledende bemærkninger og omstændighederne i den konkrete sag	11
2. Gennemgang af retten til ophold afledt af Domstolens seneste praksis	12
3. Anvendeligheden af direktiv 2004/38, når unionsborgeren, som faktisk og forudgående har udnyttet sin ret til fri bevægelighed, flytter til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger	14
a) Teleologisk begrundelse for en udvidende fortolkning af direktiv 2004/38	14
i) Om det manglende sammenfald mellem den medlemsstat, hvor en unionsborger oprindeligt stammer fra, og den, hvor vedkommende er statsborger	15
ii) Om de forskellige måder, som unionsborgere flytter på	16
b) Kort gennemgang af den relevante retspraksis vedrørende den afledte opholdsret	16
c) Delkonklusion	18
4. Anvendeligheden af direktiv 2004/38, når unionsborgeren, som faktisk udnytter sin ret til fri bevægelighed ved at opholde sig i værtsmedlemsstaten, samtidig udøver denne ret ved at flytte til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger: ret til indrejse og kortvarigt ophold	19
a) Udøvelse af den frie bevægelighed i værtsmedlemsstaten samtidig med ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger	19
b) Udøvelsen af den frie bevægelighed efter et faktisk ophold i værtsmedlemsstaten, tilbagelagt samtidig med udøvelsen af retten til indrejse og kortvarigt ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger	20
c) Delkonklusion	22
B – Om identificering af foranstaltninger, der kan vedtages på grundlag af artikel 35 i direktiv 2004/38	22
1. Om begrebet misbrug af rettigheder i de relevante dele af Domstolens praksis	22
2. Om fortolkningen af artikel 35 i direktiv 2004/38 i lyset af Domstolens praksis	24
3. Om Det Forenede Kongeriges indvendinger	25
C – Om protokol nr. 20	27
VI – Forslag til afgørelse	29

I – Indledning

1. En medlemsstat har gennemført og opretholdt en foranstaltning, som finder generel anvendelse, og som kræver, at tredjelandsstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, og som ønsker at indrejse i denne medlemsstat, skal være i besiddelse af et indrejsevisum, som sidstnævnte medlemsstat har udstedt.

2. I den foreliggende sag har Domstolen for første gang fået forelagt en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af dels artikel 35 i direktiv 2004/38², dels artikel 1 i protokol nr. 20 til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUF-traktaten)³.

3. For at besvare spørgsmålet skal Domstolen bl.a. tage stilling til anvendelsen af direktiv 2004/38 på en tredjelandsstatsborger – som er bosat med sin ægtefælle og datter, der er unionsborgere, i en anden medlemsstat end den, hvor disse sidstnævnte er statsborgere – og som ønsker at ledsage dem i den medlemsstat, hvor de er statsborgere, i forbindelse med kortvarige rejser. Selv om et spørgsmål, der er tæt forbundet hermed, allerede har været behandlet af Domstolen i den nyligt afsagte dom i sagen O. og B.⁴, ser den valgte løsning ikke ud til at være tilfredsstillende med hensyn til omstændighederne i den foreliggende sag. Jeg foreslår således en mere generel løsning, som gør det muligt at sikre sammenhængen mellem anvendelsesområdet for henholdsvis EUF-traktaten og direktiv 2004/38.

II – Retsgrundlag

A – EU-retten

1. Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

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

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

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2004 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 (EUT L 158, s. 77, og berigtigelse i EUT 2004 L 229, s. 35).

3 — Protokol om anvendelse af visse aspekter af artikel 26 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på Det Forenede Kongerige og på Irland.

4 — Dom C-456/12, EU:C:2014:135.

2. Protokol nr. 20

6. Artikel 1 i protokol nr. 20 bestemmer:

»Uanset artikel 26 og 77 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, andre bestemmelser i nævnte traktat eller i traktaten om Den Europæiske Union, foranstaltninger vedtaget i henhold til disse traktater eller internationale aftaler indgået af Unionen eller af Unionen og dens medlemsstater med et eller flere tredjelande har Det Forenede Kongerige ret til ved sine grænser til andre medlemsstater at foretage en sådan kontrol af personer, der ønsker indrejse i Det Forenede Kongerige, som det finder nødvendigt, med det formål:

- a) at kontrollere retten til indrejse i Det Forenede Kongerige for statsborgere fra medlemsstaterne og for personer, over for hvilke ovennævnte personer har forsørgerpligt, og som udøver rettigheder i henhold til EU-lovgivningen, samt borgere i andre stater, der har fået sådanne rettigheder tillagt ved en aftale, som Det Forenede Kongerige er bundet af, og
- b) at træffe afgørelse om, hvorvidt andre personer skal have tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige.

Intet i artikel 26 og 77 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde eller i nogen anden bestemmelse i nævnte traktat eller i traktaten om Den Europæiske Union eller i foranstaltninger, der er vedtaget i medfør af dem, anfægter Det Forenede Kongeriges ret til at vedtage eller foretage en sådan kontrol. Henvisninger til Det Forenede Kongerige i denne artikel omfatter områder, hvis eksterne forbindelser henhører under Det Forenede Kongeriges ansvar.«

3. Direktiv 2004/38

7. Det fremgår af femte betragtning til direktiv 2004/38, at »[f]or at unionsborgerne kan udøve deres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område på objektive betingelser, der sikrer frihed og værdighed, bør denne ret også indrømmes familiemedlemmer uanset nationalitet«.

8. I overensstemmelse med 28. betragtning til direktiv 2004/38 »[bør medlemsstaterne] [f]or at hindre misbrug og svig, især proformaægteskaber og andre former for forhold, der indgås udelukkende for at kunne udøve retten til fri bevægelighed og til ophold, [...] have mulighed for at vedtage de nødvendige foranstaltninger«.

9. Hvad angår det personelle anvendelsesområde for direktiv 2004/38 fastsætter artikel 3, stk. 1, med overskriften »Berettigede personer«:

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

10. Hvad angår retten til indrejse for unionsborgere og deres familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, bestemmer artikel 5, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/38:

»1. Uden at dette berører de bestemmelser for rejsedokumenter, der gælder ved national grænsekontrol, giver medlemsstaterne unionsborgere, der er i besiddelse af et gyldigt identitetskort eller pas, ret til at indrejse på deres område, og giver familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, ret til at indrejse på deres område, hvis de er i besiddelse af et gyldigt pas.

Unionsborgere kan ikke pålægges visumpligt eller en lignende forpligtelse ved indrejse.

2. Familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, kan kun pålægges pligt til at være i besiddelse af et indrejsevisum i overensstemmelse med forordning (EF) nr. 539/2001 eller i givet fald den nationale lovgivning. Med henblik på dette direktiv medfører besiddelse af et gyldigt opholdskort, jf. artikel 10, at sådanne familiemedlemmer er fritaget for kravet om visum.

Medlemsstaterne bistår disse personer med henblik på udstedelsen af de nødvendige visa. Disse visa udstedes så hurtigt så muligt efter en hasteprocedure og er gratis.«

11. I henseende til retten til ophold og udstedelsen af et opholdskort for familiemedlemmer til en unionsborger foreskriver dette direktivs artikel 10:

»1. Retten til ophold for unionsborgeres familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, fastslås ved udstedelse af et dokument »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger« senest seks måneder efter indgivelse af ansøgning. Der udstedes straks kvittering for indgivelse af ansøgning om opholdskort.

2. Med henblik på udstedelse af opholdskort kræver medlemsstaterne forevisning af følgende dokumenter:

- a) et gyldigt pas
- b) et dokument, der attesterer, at der består en familiemæssig tilknytning eller et registreret partnerskab
- c) bevis for registrering eller, hvis der ikke findes nogen registreringsordning, enhver anden dokumentation for ophold i værtsmedlemsstaten for den unionsborger, de ledsager eller slutter sig til
- d) i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 2, nr. 2), litra c) og d), dokumentation for, at de dér omhandlede betingelser er opfyldt
- e) i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 3, stk. 2, litra a), et dokument udstedt af den kompetente myndighed i hjemlandet eller det land, de ankommer fra, der attesterer, at de forsørges af unionsborgeren eller er medlemmer af dennes husstand, eller dokumentation for, at der foreligger alvorlige helbredsmæssige grunde, der gør det absolut nødvendigt, at unionsborgeren personligt plejer familiemedlemmet
- f) i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 3, stk. 2, litra b), dokumentation for, at der består en varig tilknytning til unionsborgeren.«

12. I henhold til artikel 11 i direktiv 2004/38 er et opholdskort, der er udstedt på grundlag af artikel 10a, i princippet gyldigt i fem år. Artikel 12-15 fastsætter regler om, hvordan unionsborgeres familiemedlemmer kan opretholde og fortabe retten til ophold.

13. Hvad angår vedtagelsen af foranstaltninger mod et eventuelt misbrug af de med direktiv 2004/38 tillagte rettigheder bestemmer artikel 35:

»Medlemsstaterne kan træffe de nødvendige foranstaltninger til at nægte, ophæve eller tilbagekalde rettigheder i henhold til dette direktiv, når der er tale om misbrug af rettigheder eller om svig, som f.eks. proformaægteskab. Sådanne foranstaltninger skal stå i rimeligt forhold til misbruget og være omfattet af de proceduremæssige garantier i artikel 30 og 31.«

4. Forordning (EF) nr. 539/2001

14. Det følger af fjerde betragtning til forordning nr. 539/2001⁵, at »[i] medfør af artikel 1 i protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling, der er knyttet til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, deltager Det Forenede Kongerige og Irland ikke i vedtagelsen af denne forordning. Derfor, og med forbehold af artikel 4 i nævnte protokol, gælder bestemmelserne i denne forordning hverken for Det Forenede Kongerige eller for Irland«.

5. Forordning (EF) nr. 562/2006

15. Forordning (EF) nr. 562/2006⁶ indeholder bestemmelser med henblik på at sikre, at personer ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser mellem Den Europæiske Unions medlemsstater, og fastsætter regler for udøvelse af grænsekontrol af personer, der passerer EU-medlemsstaternes ydre grænser. I henhold til 27. betragtning er denne forordning »et led i udviklingen af de bestemmelser i Schengenreglerne [...], som Det Forenede Kongerige ikke deltager i, jf. Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29. maj 2000 om anmodningen fra Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i visse bestemmelser i Schengenreglerne. Det Forenede Kongerige deltager derfor ikke i vedtagelsen af denne forordning, som ikke er bindende for og ikke finder anvendelse i Det Forenede Kongerige«.

B – *National ret*

16. Vedrørende retten til indrejse for tredjelandsstatsborgere, der er familiemedlemmer til en unionsborger, fastsætter Regulation 11, stk. 2 og 4, i Immigration (European Economic Area) Regulations 2006/1003 (herefter »EEA-Regulations«):

»2) En person, der ikke er en EØS-borger, skal have ret til indrejse i Det Forenede Kongerige, hvis han er familiemedlem til en EØS-borger, et familiemedlem, som har bevaret opholdsretten, eller en person med tidsubegrænset ret til ophold i henhold til Regulation 15, og hvis han ved ankomsten fremviser:

- a) et gyldigt pas, og
- b) en EØS-familietilladelse, et opholdskort eller et opholdskort med tidsubegrænset ophold.

3) En repræsentant for udlændingemyndighederne kan ikke påstemple et pas tilhørende en person, der er indrejst i Det Forenede Kongerige i henhold til denne Regulation, og som ikke er en EØS-borger, hvis personen ikke foreviser et opholdskort eller et opholdskort med tidsubegrænset ophold.

4) Inden en repræsentant for udlændingemyndighederne nægter en person indrejse i Det Forenede Kongerige i henhold til denne Regulation, fordi personen ikke ved ankomsten foreviser et dokument, der er nævnt i stk. 1 eller 2, skal repræsentanten for udlændingemyndighederne give personen enhver rimelig mulighed for at opnå dokumentet eller fremskaffe det inden for et rimeligt tidsrum eller på anden made bevise, at han er –

- a) en EØS-borger
- b) et familiemedlem til en EØS-borger med ret til at ledsage denne borger eller slutte sig til den pågældende i Det Forenede Kongerige, eller

5 — Rådets forordning (EF) nr. 539/2001 af 15.3.2001 om fastlæggelse af listen over de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af de ydre grænser, og listen over de tredjelande, hvis statsborgere er fritaget for dette krav (EFT L 81, s. 1).

6 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengengrænsekodeks) (EUT L 105, s. 1).

- c) et familiemedlem, der har bevaret opholdsretten, eller en person med tidsubegrænset ret til ophold [...]«

17. Hvad angår udstedelsen af en EØS-familietilladelse som omhandlet i Regulation 11 i EEA-Regulations bestemmer Regulation 12, stk. 1, 4 og 5, heri følgende:

»1) En embedsmand, der behandler ansøgninger om indrejsetilladelser, skal udstede en EØS-familietilladelse til en person, som ansøger om en tilladelse, hvis personen er et familiemedlem til en EØS-borger, og

a) EØS-borgeren:

- i) er bosiddende i Det Forenede Kongerige i overensstemmelse med disse Regulations, eller
- ii) skal rejse til Det Forenede Kongerige inden for seks måneder fra ansøgningsdatoen og bliver en EØS-borger bosiddende i Det Forenede Kongerige i overensstemmelse med disse Regulations ved ankomsten til Det Forenede Kongerige, og at

b) det familiemedlem, som ledsager EØF-borgeren eller slutter sig til ham i Det Forenede Kongerige,

- i) har lovligt ophold i en EØS-stat, eller
- ii) ville opfylde kravene i indvandringsreglerne (ud over dem, der vedrører indrejsetilladelse) om tilladelse til at rejse ind i Det Forenede Kongerige som familiemedlem til EØS-borgeren, eller i tilfælde af ægtefællens eller samleverens direkte efterkommere eller afhængige direkte slægtninge i opadgående linje som familiemedlem til ægtefællen eller samleveren, hvis EØS-borgeren eller ægtefællen eller samleveren er en person, der er til stede og har fast ophold i Det Forenede Kongerige.

4) En EØS-familietilladelse, udstedt i henhold til denne Regulation, skal udstedes gratis og så snart som muligt.

5) En EØS-familietilladelse skal dog ikke udstedes i henhold til denne Regulation, hvis den pågældende ansøger eller EØS-borger står over for at skulle udsendes fra Det Forenede Kongerige på grund af den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed i overensstemmelse med Regulation 21.«

III – De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen

18. Sean Ambrose McCarthy har dobbelt britisk og irsk statsborgerskab⁷. Han er gift med en colombiansk statsborger, og parret har en datter.

7 — Ved anvendelsen af udtrykket »britisk statsborgerskab« henholder jeg mig her og i det følgende til formuleringen i forelæggelsesafgørelsen.

19. Ifølge de præciseringer, som sagsøgerne i hovedsagens repræsentanter har givet i retsmødet for Domstolen, har Sean Ambrose McCarthy status af »britisk undersåt med en ret til ophold i Det Forenede Kongerige«⁸. Denne status skyldes, at han er født i Irland, inden British Nationality Act 1948 trådte i kraft⁹.

20. Det fremgår desuden af de indlæg, som blev afgivet i retsmødet for Domstolen, at Sean Ambrose McCarthy har været bosat i Irland i 52 år, mens han kun har haft bopæl i Det Forenede Kongerige i 6 år fra 1967 til 1973.

21. Hvad angår hans datter skyldes hendes dobbelte britiske og irske statsborgerskab både hendes fars status, og at hun er født i Det Forenede Kongerige, en medlemsstat, hvor hun imidlertid aldrig har haft bopæl.

22. Helena Patricia McCarthy Rodriguez er indehaver af et opholdskort som familiemedlem til en unionsborger, der er udstedt af de spanske myndigheder på grundlag af artikel 10 i direktiv 2004/38¹⁰.

23. Sagsøgerne i hovedsagen har siden maj 2010 haft bopæl i Spanien, hvor de har et hus. De har også et hus i Det Forenede Kongerige, som de jævnligt rejser til.

24. Ifølge bestemmelserne i britisk ret på indvandringsområdet skal indehaverne af et opholdskort ansøge om en indrejsetilladelse (»en EØS-familietilladelse«), der er gyldig i seks måneder, for at kunne rejse til Det Forenede Kongerige. Denne familietilladelse kan fornyes, hvis indehaveren heraf giver personligt fremmøde på en af Det Forenede Kongeriges diplomatiske repræsentationer i udlandet og udfylder en ansøgningsskema, som bl.a. indeholder detaljer om ansøgerens økonomi og ansættelsesforhold.

25. Da Det Forenede Kongeriges diplomatiske repræsentation i Spanien ligger i Madrid, må Helena Patricia McCarthy derfor rejse fra Marbella, hvor familien bor, til Madrid hver gang, hun ønsker at forny sin familietilladelse for at rejse til Det Forenede Kongerige med sin familie. Hun har oplevet at blive nægtet ombordstigning på fly til Det Forenede Kongerige, når hun kun viser sit opholdskort uden familietilladelsen.

26. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har Secretary of State for the Home Department¹¹ (herefter »Secretary of State«) således udstedt instruktioner til transportfirmaer, der transporterer personer til Det Forenede Kongerige. Disse instruktioner sigter på at tilskynde disse til ikke at transportere tredjelandsstatsborgere, som ikke er i besiddelse af en opholdstilladelse, der er udstedt af Det Forenede Kongeriges myndigheder, eller rejsedokumenter, såsom en gyldig EØS-familietilladelse¹².

27. Den 6. januar 2012 anlagde sagsøgerne sag for den forelæggende ret mod Det Forenede Kongerige og Nordirland med påstand om at få fastslået, at sidstnævnte havde tilsidesat sin forpligtelse til at gennemføre artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38 korrekt i sin retsorden. De har gjort gældende, at Det Forenede Kongeriges manglende korrekte gennemførelse af nævnte bestemmelse og udstedelsen af instruktioner til transportfirmaer indebærer en grov krænkelse af deres ret til fri bevægelighed.

8 — British subject with a right of abode in the United Kingdom.

9 — British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30th July 1948. I medfør af Det Forenede Kongeriges nye erklæring af 1.1.1983 vedrørende definitionen af udtrykket »statsborger« (EFT 1983 C 23, s. 1, herefter »1983-erklæringen«) skal definitionen af udtrykket »statsborger« imidlertid forstås således, at det ikke kun omfatter britiske statsborgere i snæver forstand, men også britiske undersåtter, som har ret til at tage bopæl i Det Forenede Kongerige og derfor er fritaget for Det Forenede Kongeriges indvandringskontrol, som i Sean Ambrose McCarthy's tilfælde (1983-erklæringen blev fremsat i forbindelse med ikrafttræden den 1.1.1983 af British Nationality Act 1981).

10 — Det fremgår af sagen, at nævnte opholdskort udløber den 25.4.2015.

11 — Det Forenede Kongeriges indenrigsminister.

12 — I henhold til Section 40 i Immigration and Asylum Act 1999 (lov af 1999 om indvandring og asyl) skal transportfirmaer, som ikke overholder denne forpligtelse, betale en bøde.

28. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, sendte Europa-Kommissionen Det Forenede Kongerige en åbningsskrivelse i henhold til artikel 258 TEUF den 22. juni 2011, hvori Kommissionen konkluderede, at Det Forenede Kongerige ikke havde foretaget en korrekt gennemførelse af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38. Det Forenede Kongerige svarede den 22. september 2011. Kommissionen sendte derefter en begrundet udtalelse den 26. april 2012 indeholdende samme konklusion, som Det Forenede Kongerige besvarede den 24. juli 2012.

29. Det fremgår ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at sagsøgerne i hovedsagen bl.a. har hævdet, at kravene i familietilladelsesordningen, således som de finder anvendelse på indehavere af opholdskort, er omkostningstunge og til stor gene for familien¹³.

30. Efter aftale mellem parterne i hovedsagen er der for den forelæggende ret truffet foreløbige forholdsregler til fordel for Helena Patricia McCarthy, således at der skal ske fornyelse af hendes familietilladelse efter skriftlig ansøgning fremsendt med posten til den diplomatiske repræsentation i Madrid, uden at hun skal give personligt fremmøde.

31. Secretary of State har for sin del gjort gældende, at EEA-Regulations ikke gennemfører artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38, og at de var begrundede som en nødvendig foranstaltning i medfør af samme direktivs artikel 35, og som en kontrolforanstaltning i henhold til artikel 1 i protokol nr. 20. Secretary of State har anført, at der bør tages hensyn til, at der ikke er et ensartet format for opholdskort som omhandlet i artikel 10 i direktiv 2004/38. Disse kort er bl.a. ikke oversat til engelsk og kan forfalskes¹⁴. Der er desuden »et systematisk problem med misbrug af rettigheder og svig« begået af statsborgere fra tredjelande¹⁵. Secretary of State har fremlagt beviser i denne henseende for den forelæggende ret¹⁶.

32. Efter at have vurderet disse beviser har den forelæggende ret konkluderet, at den deler Secretary of States bekymring i forhold til et misbrug af rettigheder.

IV – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

33. På denne baggrund har den forelæggende ret ved afgørelse af 25. januar 2013, indgået til Domstolens Justitskontor den 17. april 2013, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Gør artikel 35 i direktiv 2004/38 [...] det muligt for en medlemsstat at vedtage en foranstaltning, som finder generel anvendelse, og som nægter, ophæver eller tilbagekalder rettigheder, der er tildelt ved direktivets artikel 5, stk. 2, hvorefter familiemedlemmer, der ikke er EU-borgere, og som er indehavere af opholdskort udstedt i medfør af direktivets artikel 10, fritages for visumpligten?

13 — De henviser i denne henseende til proceduren i forbindelse med fornyelse af »familietilladelsen«, som kræver, at man rejser til og opholder sig i Madrid.

14 — Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Secretary of State bl.a. henviser til en analyse, som Det Forenede Kongerige Border Agency fik foretaget i 2011 af andre medlemsstaters opholdskort i henhold til de minimumssikkerhedsstandarder, der var aftalt af Organisationen for International Civil Luftfart for maskinlæsbare rejsedokumenter.

15 — Denne formulering og formuleringen »systemisk misbrug« anvendes i forelæggelsesafgørelsen om tredjelandsstatsborgeres misbrug af retten til fri bevægelighed, herunder navnlig den ret til indrejse, som et familiemedlem, der ikke er EØF-statsborger, har, for at omgå den nationale indvandringsskontrol.

16 — Det skal i denne forbindelse præciseres, at opholdskort udstedt af Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Estland i princippet opfylder passende sikkerhedsstandarder, herunder de af Organisationen for International Civil Luftfart omtalte, således, at det er planlagt at ændre EEA-Regulations for personer, der er i besiddelse af et opholdskort fra en af disse to medlemsstater.

- 2) Kan Det Forenede Kongerige på grundlag af artikel 1 i protokol nr. 20 om anvendelse af visse aspekter af artikel 26 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på Det Forenede Kongerige og på Irland kræve, at indehavere af opholdskort skal have et indrejsevisum, der skal være opnået forud for ankomsten til grænsen?
- 3) Hvis spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende, er Det Forenede Kongeriges fremgangsmåde i forhold til indehavere af opholdskort i denne sag da begrundet, henset til de beviser, der er sammenfattet i den forelæggende rets kendelse?»

34. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgerne i hovedsagen, Den Helleniske Republik, Kongerige Spanien, Republikken Polen, Den Slovakiske Republik, Det Forenede Kongerige og Kommissionen.

35. Sagsøgerne i hovedsagen, Den Helleniske Republik, Kongeriget Spanien, Det Forenede Kongerige og Kommissionen har ligeledes afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 4. marts 2014.

V – Gennemgang

36. Med anmodningen om præjudiciel afgørelse ønskes det nærmere bestemt oplyst, om artikel 35 i direktiv 2004/38 og protokol nr. 20 gør det muligt for Det Forenede Kongerige at vedtage foranstaltninger som de i hovedsagen omhandlede, der generelt gør retten for tredjelandsstatsborgere, som er indehavere af et opholdskort som familiemedlem til en unionsborger, til at indrejse i Det Forenede Kongerige betinget af en forudgående opnåelse af et indrejsevisum.

37. Nedenfor vil jeg først undersøge, om en person i en situation som den, Helena Patricia McCarthy befinder sig i, kan være omfattet af bestemmelserne i den afledte ret, som på visse betingelser fritager en unionsborgers familiemedlemmer, der ikke er EU-borgere, for visumpligten. Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, vil jeg herefter se nærmere på spørgsmålet om, hvorvidt Det Forenede Kongerige har ret til på grundlag af artikel 35 i direktiv 2004/38 at kræve, at tredjelandsstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, og som har et opholdskort udstedt af en anden medlemsstat som omhandlet i direktivets artikel 10, er i besiddelse af »en familietilladelse« for at kunne indrejse i Det Forenede Kongerige. Endelig vil jeg behandle dette samme spørgsmål, men denne gang i relation til protokol nr. 20.

A – Om anvendeligheden af direktiv 2004/38

38. Det skal indledningsvis præciseres, at parterne og intervenienterne, med undtagelse af Det Forenede Kongerige, ikke har bestridt anvendeligheden af direktiv 2004/38, hverken i de skriftlige indlæg eller de mundtlige indlæg i retsmødet¹⁷. Selv om Det Forenede Kongerige ganske vist ud fra omstændighederne har bestridt direktivets anvendelighed, anvender det det dog i den foreliggende sag. Den forelæggende ret har heller ikke nævnt dette spørgsmål. Den har desuden også baseret sin begrundelse på direktivets anvendelighed. Jeg mener ikke desto mindre, at der er tale om et spørgsmål, som fortjener at blive undersøgt.

17 — Hvad angår Republikken Polen har den begrænset sig til kun at fremføre spørgsmål om direktivets anvendelighed i den foreliggende sag.

1. Indledende bemærkninger og omstændighederne i den konkrete sag

39. Indførelsen af unionsborgerskabet med Maastricht-traktaten i 1992¹⁸ var resultatet af en lang udviklingsproces¹⁹. Fra »borgernes Europa«²⁰, der blev drøftet i 1970-1980'erne, og til det nuværende unionsborgerskab er der tilbagelagt en lang vej, der som rettesnor bl.a. har haft retten til frit at færdes og tage ophold på medlemsstaternes område. Unionsborgerskabet er i dag en status, som alle borgere har, uanset om de er erhvervsaktive²¹ eller ej²². Ved at medtage unionsborgerskabet i traktaterne er den europæiske integrationsproces således blevet legitimeret ved at styrke borgernes deltagelse.

40. Siden da har unionsborgere, der rejser rundt på medlemsstaternes område, ikke alene anset deres rejser for en integreret del af deres hverdag, men også for et centralt element i deres opfattelse af sig selv som unionsborgere. Alle de rettigheder og forpligtelser, som de og deres familiemedlemmer er blevet tildelt, letter dermed bl.a. deres bevægelighed, ophold, adgang til uddannelse, jobsøgning og arbejde. Deres unionsborgerskab er således et grundlæggende element i deres europæiske identitet²³.

41. I det i hovedsagen foreliggende tilfælde ønsker Helena Patricia McCarthy at opnå ret til at indrejse i den medlemsstat, hvor hendes ægtefælle og datter er statsborgere, dvs. i Det Forenede Kongerige, for at slutte sig til dem dér, bl.a. i forbindelse med kortvarige rejser.

42. Desuden er sagsøgerne i hovedsagen bosat i en anden medlemsstat, i den foreliggende sag i Spanien, end dér, hvor Sean Ambrose McCarthy er statsborger, og de spanske myndigheder har udstedt et opholdskort til Helena Patricia McCarthy på grundlag af artikel 10 i direktiv 2004/38.

43. De omhandlede rejser er således kortvarige rejser til den medlemsstat, hvor Sean Ambrose McCarthy og deres datter – der begge er unionsborgere, som har udnyttet deres ret til fri bevægelighed – er statsborgere.

44. Det skal her bemærkes, at det i retsmødet blev præciseret, ligesom det fremgår af dette forslag til afgørelses punkt 19-21, at Sean Ambrose McCarthy og hans datters dobbelte britiske og irske statsborgerskab skyldes særlige historiske omstændigheder.

18 — Det skal bemærkes, at den tidligere artikel 17, stk. 1, i EF-traktaten fastsatte, at »unionsborgerskabet er et supplement til det nationale statsborgerskab og træder ikke i stedet for dette«. Denne sætning, som blev føjet til Amsterdamtraktaten (EFT 1997 C 340, s. 1), blev ændret med Lissabontraktaten, hvis artikel 20, stk. 1, bestemmer, at unionsborgerskabet »er et supplement til det nationale statsborgerskab og træder ikke i stedet for dette«. Jf. desuden EU-traktatens artikel 9 for en gennemgang af denne ændring, jf. De Waele, H., »EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential«, *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), s. 319-336, på s. 320.

19 — For en historisk gennemgang af indførelsen af det europæiske unionsborgerskab, jf. S. O'Leary, *The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, La Haye, Londres, Boston (Kluwer), 1996, s. 4, og M. Carabot Benlolo, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, s. 1.

20 — Jf. Tindemans rapport af 29.12.1975, *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber*, supplement nr. 1/76, og Ad hoc-komiteén vedrørende Borgernes Europas rapport af 29.3.1985, *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber*, nr. 85/3.

21 — Jf. artikel 26 TEUF, 45 TEUF, 49 TEUF og 56 TEUF. Rettigheder for arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og tjenesteydere eksisterede før indførelsen af unionsborgerskabet og falder ind under det indre marked.

22 — Artikel 21 TEUF.

23 — Undersøgelser foretaget i 2010 har vist, at næsten ni ud af ti borgere ved, at de har ret til fri bevægelighed. Jf. Kommissionens rapport om unionsborgerskab 2013 med titlen »Afskaffelse af hindringerne for unionsborgernes rettigheder« (KOM(2010) 603 endelig, s. 16). Fri bevægelighed er på det nærmeste synonymt med unionsborgerskabet. Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse af 11.8.2011 om borgernes Europaår (2013) (KOM(2011) 489 endelig, s. 1).

45. I henhold til gældende EU-ret afhænger spørgsmålet om, hvorvidt en person er statsborger i den ene eller den anden medlemsstat, imidlertid kun af indholdet af den pågældende medlemsstats lovgivning²⁴. Domstolen har i den forbindelse udtalt, at »det tilkommer medlemsstaterne i overensstemmelse med folkeretten at definere betingelserne for erhvervelse og fortabelse af statsborgerskab«²⁵.

46. I medfør af 1983-erklæringen²⁶ og i EU-retlig henseende er Sean Ambrose McCarthy og hans datter følgelig britiske statsborgere²⁷.

2. Gennemgang af retten til ophold afledt af Domstolens seneste praksis

47. For at afgøre, om en afledt opholdsret kan støttes på direktiv 2004/38, må der tages udgangspunkt i direktivets artikel 3. Domstolen har i sin faste praksis foretaget en ordlyds-, en systematisk og en teleologisk fortolkning af bestemmelserne i dette direktiv, som den har gentaget i sin nyligt afsagte dom i sagen O. og B.²⁸.

48. I sit ræsonnement har Domstolen således for det første understreget, at selv om artikel 21 TEUF fastsætter, at enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, er denne ret ikke absolut, men udøves ifølge denne artikel »med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaterne og i gennemførelsesbestemmelserne hertil«²⁹. Domstolen har for det andet mindet om, 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 EUF-traktaten direkte er tillagt unionsborgerne, og at direktivet bl.a. har til formål at styrke denne ret³⁰.

49. Domstolen har dermed anført, at hverken artikel 21, stk. 1, TEUF eller bestemmelserne i direktiv 2004/38 giver tredjelandstatsborgere nogen selvstændig ret. De eventuelle rettigheder, der gives tredjelandstatsborgere ved traktatens bestemmelser om unionsborgerskab, er således ikke selvstændige rettigheder for disse statsborgere, men rettigheder, der er afledt af en unionsborgers udøvelse af retten til fri bevægelighed³¹.

50. Domstolen har i denne henseende udtalt, at som det fremgår af en fortolkning på grundlag af ordlyd, sammenhæng og formål af bestemmelserne i direktiv 2004/38, kan disse ikke begrunde en afledt opholdsret for tredjelandstatsborgere, der er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger³². Nærmere bestemt afgøres det personelle

24 — Jf. bl.a. erklæring nr. 2 om statsborgerskab i en medlemsstat, som medlemsstaterne har knyttet til slutakten til traktaten om Den Europæiske Union (EFT 1992 C 191, s. 98) og artikel 3 i den europæiske konvention om statsborgerret, vedtaget af Europarådet den 6.11.1997, som trådte i kraft den 1.3.2000. Kongerige Spanien og Det Forenede Kongerige har hverken underskrevet eller ratificeret denne konvention.

25 — Jf. bl.a. domme Micheletti m.fl. (C-369/90, EU:C:1992:295, præmis 10), Kaur (C-192/99, EU:C:2001:106, præmis 19) og Zhu og Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, præmis 37).

26 — Jf. fodnote 9.

27 — Det skal her bemærkes, at Domstolen har fastslået, at fri bevægelighed for personer, etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser ikke fuldt ud ville kunne gennemføres, såfremt en medlemsstat kunne undlade at anvende EU-retlige bestemmelser på de af deres statsborgere, som er bosat i en anden medlemsstat, hvor de også er statsborgere, og som har udnyttet de muligheder for at udøve deres virksomhed i form af præstering af tjenesteydelser, som EU-retten giver, på en anden medlemsstats område. Jf. dom Gullung (292/86, EU:C:1988:15, præmis 12).

28 — EU:C:2014:135.

29 — Ibidem (præmis 34).

30 — Ibidem (præmis 35).

31 — Ibidem (præmis 36).

32 — Ibidem (præmis 37).

anvendelsesområde for direktiv 2004/38 af dets artikel 3, stk. 1, hvorefter dette finder anvendelse på enhver unionsborger, der »rejser til eller tager ophold« i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, samt familiemedlemmer som defineret i artikel 2, nr. 2), der ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne³³.

51. Som fortolket af Domstolen, er det derfor kun en berettiget person i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3 i direktiv 2004/38, som kan udlede ret til fri bevægelighed og ophold i medfør af dette direktiv. En berettiget person kan være en unionsborger eller et familiemedlem som defineret i artikel 2, nr. 2)³⁴.

52. Anvendt i den foreliggende sag betyder dette, at Helena Patricia McCarthy som ægtefælle til en unionsborger er omfattet af begrebet »familiemedlem« i artikel 2, nr. 2), litra a), i direktiv 2004/38³⁵. Som den polske regering har bemærket i sit skriftlige indlæg, »rejser« Sean Ambrose McCarthy og hans datter imidlertid »til« den medlemsstat, hvor de er statsborgere, og ikke som nævnt i artikel 3 i direktiv 2004/38 til en anden medlemsstat end der, hvor de er statsborgere. Sagt på en anden måde synes betingelserne for anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 ikke umiddelbart at være opfyldt, såfremt en unionsborger rejser til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger.

53. Ifølge Domstolens faste praksis bekræftes i hvert fald den rimelige karakter af en sådan fortolkning af den omstændighed, at andre bestemmelser i direktiv 2004/38, herunder artikel 6, artikel 7, stk. 1 og 2, og artikel 16, stk. 1 og 2, henviser til en unionsborgers »ret til ophold«³⁶ og til den afledte ret til ophold for familiemedlemmer, enten i »en anden medlemsstat« eller i »værtsmedlemsstaten«. Det følger derfor af denne retspraksis, at en tredjelandsstatsborger, der er familiemedlem til en unionsborger, i princippet ikke på grundlag af dette direktiv kan påberåbe sig en afledt ret til ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger³⁷.

54. Hvad således angår formålet med de afledte rettigheder med hensyn til indrejse og ophold, som direktiv 2004/38 fastsætter for familiemedlemmer til unionsborgere, har Domstolen mindet om, at dette formål er at lette udøvelsen af den grundlæggende og personlige ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område³⁸. Domstolen har imidlertid præciseret, at det omhandlede direktivs område, således som det fremgår af direktivets artikel 1, litra a), er betingelserne for udøvelsen af denne ret³⁹. Eftersom en stat i medfør af et folkeretligt princip⁴⁰ ikke kan nægte sine egne statsborgere indrejse på sit område og at opholde sig dér, følger det i denne forbindelse stadig i henhold til Domstolens faste praksis, at direktiv 2004/38 kun regulerer betingelserne for en unionsborgers indrejse og ophold i andre medlemsstater end dem, hvor vedkommende er statsborger⁴¹.

55. Skal det følgelig antages, at direktiv 2004/38 ikke finder anvendelse på tilfælde som de i hovedsagen foreliggende?

33 — Min fremhævelse.

34 — Jf. bl.a. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sag O. og B. (C-456/12, EU:C:2013:837, punkt 68).

35 — Jf. dom Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, præmis 57).

36 — Min fremhævelse.

37 — Jf. dom O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 40).

38 — Jf. domme Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, præmis 59 og 82), McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277, præmis 28) og Dereci m.fl. (C-256/11, EU:C:2011:734, præmis 50).

39 — Jf. domme McCarthy (EU:C:2011:277, præmis 33) og O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 41).

40 — Dette princip er skriftligt kodificeret i artikel 3 i protokol nr. 4 af 16.9.1963 til den europæiske konvention om beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der fastsætter, at »ingen kan berøves retten til at indrejse i den stat, i hvilken han er statsborger«. Jeg bemærker imidlertid, at Det Forenede Kongerige ikke har ratificeret denne protokol. Nævnte protokol trådte i kraft den 2.5.1968.

41 — Domme McCarthy (EU:C:2011:277, præmis 29) og O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 41 og 42).

56. Det er jeg ikke overbevist om. Jeg mener derimod, at anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 må fortolkes bredere for ikke at berøve det dets effektive virkning.

57. For således at kunne fastslå, om Helena Patricia McCarthy i et tilfælde som beskrevet i dette forslag til afgørelses punkt 41-43 kan opnå fritagelse for visumpligten som familiemedlem til en unionsborger, forekommer det nødvendigt at stille følgende spørgsmål: Gør direktiv 2004/38 fortolket i lyset af artikel 21 TEUF det muligt at basere en sådan ret på, at Sean Ambrose McCarthy forudgående har udøvet eller samtidig udøver sin ret til fri bevægelighed?

58. For at besvare dette spørgsmål skal det først og fremmest præciseres, at Domstolen på grundlag af traktaterne har tildelt to typer af opholdsret til familiemedlemmer i den stat, hvor unionsborgeren er statsborger⁴². Den første type er retten til familiesammenføring, der gives unionsborgeren efter en forudgående eller samtidig udøvelse af den fri bevægelighed og udledt af forbuddet mod hindringer⁴³. Den anden type følger af den effektive virkning af artikel 20 TEUF og har til formål at forhindre, at en unionsborger fratages muligheden for at nyde kerneindholdet i de rettigheder, som vedkommende tillægges med unionsborgerskabet⁴⁴.

59. I dette forslag til afgørelse skal jeg kun behandle den første af de ovennævnte typer af opholdsret. Efter min mening omhandler denne første type to forskellige tilfælde, som vil blive gennemgået nedenfor. Den første vedrører det tilfælde, hvor unionsborgeren »har udøvet« sin ret til fri bevægelighed og flytter til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger (forudgående udøvelse), og den anden, hvor unionsborgeren »udøver« sin ret til fri bevægelighed på det tidspunkt, hvor vedkommende flytter til nævnte medlemsstat (samtidig udøvelse).

3. Anvendeligheden af direktiv 2004/38, når unionsborgeren, som faktisk og forudgående har udnyttet sin ret til fri bevægelighed, flytter til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger

60. Der bør anlægges en bred fortolkning af direktiv 2004/38, således at det finder anvendelse på unionsborgere og på deres familiemedlemmer, der er statsborgere i et tredjeland, og som flytter til den medlemsstat, hvor nævnte unionsborgere er statsborgere. En sådan fortolkning forekommer mig at være rimelig, ikke kun i betragtning af den rolle, som unionsborgerskabet spiller på EU-rettens nuværende udviklingstrin, således som det fremgår af dette forslag til afgørelses punkt 39 og 40, men også i lyset af Domstolens seneste praksis.

a) Teleologisk begrundelse for en udvidende fortolkning af direktiv 2004/38

61. Unionsborgerskabets formål »er at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere«⁴⁵. Ved at flytte fra en medlemsstat til en anden, herunder den medlemsstat, hvor de er statsborgere, udøver disse unionsborgere således blot de rettigheder til fri bevægelighed og ophold, der er tillagt ved EU-retten.

42 — Jf. G. Gastaldi, »Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique«, *Dossiers de droit européen*, 28, 2013, s. 127.

43 — Jf. domme Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434) og Eind (C-291/05, EU:C:2007:771).

44 — Jf. dom Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124).

45 — Dom Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458). Denne retspraksis er blevet bekræftet af talrige senere domme fra Domstolen, herunder navnlig dom Huber (C-524/06, EU:C:2008:724).

62. I Den Europæiske Union i dag kan en unionsborger stamme fra en medlemsstat, hvor vedkommende ikke er statsborger⁴⁶ eller være statsborger i en (eller flere) medlemsstat(er), som vedkommende aldrig har boet i⁴⁷. Unionsborgeren kan også have flere statsborgerskaber, eller sågar have bopæl i to eller flere medlemsstater og samtidig opretholde en reel tilknytning, det være sig arbejdsmæssig eller personlig, med alle disse stater.

i) Om det manglende sammenfald mellem den medlemsstat, hvor en unionsborger oprindelig stammer fra, og den, hvor vedkommende er statsborger

63. Det forekommer mig ikke at være i overensstemmelse med den nutidige realitet i EU at formode, at det land, hvor en unionsborger stammer fra, og dér, hvor vedkommende er statsborger, er én og samme medlemsstat.

64. Tillad mig i denne henseende ved hjælp af to eksempler at anskueliggøre situationen for talrige unionsborgere her i starten af det 21. århundrede.

65. Lad os først tage tilfældet med et fransk-tysk par, F og A. De har boet i Det Forenede Kongerige i 25 år. Deres søn, FA, er født i London og har dobbelt tysk og fransk statsborgerskab. Sidstnævnte har i flere år boet i Berlin, hvor han, efter at have gennemført en hotel- og restaurationsuddannelse, har haft forskellig beskæftigelse. Han har til gengæld kun opholdt sig i Frankrig under tre kortvarige ophold, bl.a. i forbindelse med nogle sommerferier. FA er gift med en argentinsk statsborger. De har et barn, som er unionsborger, og de flyttede til Lyon for et år siden.

66. Skal FA i dette tilfælde på det tidspunkt, hvor han flytter til Lyon, anses for at være vendt hjem til Frankrig (en af de medlemsstater, hvor han er statsborger), selv om han ikke tidligere har boet dér? Et bekræftende svar bygger på den fejlagtige opfattelse, at FA forlod Frankrig på et givent tidspunkt i sit liv for at flytte til en anden medlemsstat.

67. Lad os dernæst tage et andet eksempel med et litauisk-polsk par, L og P. De har boet i Litauen i 30 år og har en datter, LP. Sidstnævnte, der er født i Vilnius, er litauisk statsborger og kan som følge heraf ikke få polsk statsborgerskab⁴⁸. LP har opholdt sig i forskellige medlemsstater i de år, hvor hun har læst på universitetet, herunder i Polen, hvor hun mødte sin chilenske mand. Parret er fornylig flyttet til Krakow.

68. Bør jeg i lyset af disse to eksempler uden at stille spørgsmål automatisk fastslå, at der stadig er overensstemmelse mellem den medlemsstat, som en unionsborger stammer fra, og den, hvor vedkommende er statsborger? Hvad angår FA har han, uanset sit dobbelte fransk-tyske statsborgerskab, aldrig boet fast i Frankrig, før han flyttede til Lyon. Der er imidlertid ikke tvivl om, at denne medlemsstat er et af de lande, som FA stammer fra.

69. Hvad derimod angår LP kan ingen være i tvivl om, at hun stammer fra to medlemsstater. Ikke alene har hendes forældre således henholdsvis polsk og litauisk statsborgerskab, men hun taler også selv begge sprog flydende og har studeret i begge disse medlemsstater. LP er dog ikke polsk statsborger.

70. Der er et sammenfald mellem de lande, hvor FA er statsborger, og dem, som han stammer fra, hvilket derimod ikke er tilfældet med LP.

46 — Det er bl.a. tilfældet for unionsborgere, hvis forældre hver især er statsborgere i to forskellige medlemsstater, men som selv kun er statsborgere i en af disse to medlemsstater.

47 — Det er ligeledes tilfældet for unionsborgere, hvis forældre hver især er statsborgere i forskellige medlemsstater, og hvis barn er født i en anden medlemsstat end dér, hvor de er statsborgere.

48 — Litauisk ret tillader ikke dobbelt statsborgerskab.

71. Disse to eksempler afspejler efter min opfattelse virkeligheden for en ikke ubetydelig del af unionsborgerne. Jeg vil nu vende tilbage til direktiv 2004/38.

72. Selv om retten til fri bevægelighed og ophold i princippet kun tildeles unionsborgere og deres familiemedlemmer, som flytter til en medlemsstat, hvor de ikke er statsborgere, er det så i denne forbindelse ikke i det mindste paradoksalt, at LP kan påberåbe sig direktiv 2004/38, mens FA ikke kan?

73. Forekommer unionsborgerskabet på denne baggrund ikke at være delvis offer for sin egen succes?

ii) Om de forskellige måder, som unionsborgere flytter på

74. I direktiv 2004/38 forudsættes det således, at unionsborgere for at flytte inden for Unionen altid flytter fra den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger, til en anden medlemsstat, selv om dette ikke altid er tilfældet, hvilket de ovennævnte eksempler illustrerer. Efter min mening ville det heller ikke være tilpasset unionsborgerskabets aktuelle virkelighed at opstille en udtømmende liste over alle de forskellige måder, som unionsborgere flytter på inden for Unionen⁴⁹. Det forekommer mig, at EU-lovgiver ikke har ønsket at indføre et begrænset antal mulige flytninger (numerus clausus) for således at se bort fra de flytninger, der foretages mellem værtsmedlemsstaten og den stat, hvor unionsborgeren er statsborger. Som jeg har forklaret i dette forslag til afgørelses punkt 62, er det vanskeligt at identificere alle de former for flytninger, som en unionsborger kan foretage. Jeg tror således ikke, at det ville være hensigtsmæssigt at fortolke artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 således, at lovgiver har indført et begrænset antal mulige flytninger og dermed udelukket de i dette forslag til afgørelses punkt 64-73 nævnte tilfælde fra direktivets anvendelsesområde.

75. I den foreliggende sag ville en sådan fortolkning føre til dette paradoksale resultat, som i hvert fald giver mig anledning til eftertanke, at Helena Patricia McCarthy ville kunne ledsage sin ægtefælle i dennes flytninger til alle medlemsstater med undtagelse af den, hvor han er statsborger! Med andre ord ville retten til fri bevægelighed for en unionsborger, som bliver ledsaget af sine familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, blive reduceret i forhold til antallet statsborgerskaber, som vedkommende har! Kan vi desuden godtage en fortolkning af direktiv 2004/38, som muliggør en forskellig behandling af en unionsborgers familiemedlemmer afhængig af, hvilken medlemsstat de flytter til?

76. På baggrund af det ovenstående er jeg overbevist om, at det er nødvendigt at anlægge en fortolkning af direktiv 2004/38, der er i bedre overensstemmelse med unionsborgernes virkelighed, hvis vi ønsker at opretholde dets effektive virkning. For at nå til en sådan fortolkning vil jeg først ganske kort behandle den relevante praksis fra Domstolen vedrørende den afledte opholdsret.

b) Kort gennemgang af den relevante retspraksis vedrørende den afledte opholdsret

77. Som det er nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 58, indrømmes retten for et familiemedlem, der er tredjelandsstatsborger, til at ledsage en unionsborger, uanset om vedkommende er erhvervsaktiv⁵⁰ eller ej⁵¹, som vender tilbage til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger, efter at have udøvet fri bevægelighed (forudgående udøvelse) i en anden medlemsstat, hvor vedkommende har opholdt sig sammen med nævnte familiemedlem. Tillad mig i denne henseende ganske kort at minde om udfaldet af Domstolens domme i sagerne Singh⁵² og Eind⁵³.

49 — Dog anderledes, jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse, sag O. og B. (EU:C:2013:837, punkt 77).

50 — Jf. dom Singh (EU:C:1992:296).

51 — Jf. dom Eind (EU:C:2007:771).

52 — EU:C:1992:296.

53 — EU:C:2007:771.

78. I Singh-dommen⁵⁴ fastslog Domstolen således, at en unionsborger, som vender tilbage til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger, for at udøve selvstændig beskæftigelse efter at have været beskæftiget som arbejdstager i en vis periode i en anden medlemsstat, af traktaterne og af den afledte ret udleder retten til at være ledsaget af sin ægtefælle, der er tredjelandstatsborger, på samme betingelser som dem, der er fastsat af den afledte ret⁵⁵. I modsat fald kunne en EU-borger opgive at forlade sit oprindelsesland for at udøve en erhvervsaktivitet i en anden medlemsstat⁵⁶. Hvad angår den hjemmel, som denne dom er baseret på, skal jeg præcisere, at Singh-dommens konklusion lyder således: »EØF-traktatens artikel 52 [...] og direktiv 73/148 skal fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at tillade indrejse til og ophold på sit område for en ægtefælle – uanset dennes nationalitet – til en statsborger i medlemsstaten, som sammen med ægtefællen er udrejst til en anden medlemsstat for dér at udøve en lønnet beskæftigelse [...], og som på ny indrejser og etablerer sig, [...], i den medlemsstat, som han eller hun er statsborger i«⁵⁷. Domstolen synes imidlertid kun at have anvendt direktiv 73/148 analogt, ligesom den efterfølgende udtrykkeligt har gjort i Eind-dommen⁵⁸ og O. og B.-dommen⁵⁹.

79. I Eind-dommen⁶⁰ fastslog Domstolen, at en statsborger i en medlemsstat, som fik sin datter fra et tredjeland til en anden medlemsstat i forbindelse med, at han arbejdede i en anden medlemsstat, havde ret til at lade sig ledsage af hende, da han som ikke-erhvervsaktiv vendte tilbage til den medlemsstat, hvor han var statsborger. Domstolen tog højde for den afskrækkende virkning af udsigten til ikke at kunne leve sammen med sine familiemedlemmer efter at være vendt tilbage til den medlemsstat, hvor han var statsborger. Begrundelsen for Eind-dommen⁶¹ er således både baseret på traktatens bestemmelser og på bestemmelserne i forordning (EF) nr. 1612/68 af 19. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT L 257, s. 2). I denne henseende udtalte Domstolen, at »den vandrende arbejdstagers ret til at vende tilbage til og opholde sig i den medlemsstat, hvori han er statsborger, efter at have udført lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat, udledes af fællesskabsretten, for så vidt som den er nødvendig for at sikre den effektive virkning af de bestemmelser, der skal garantere den ret til fri bevægelighed, som arbejdstagerne kan udlede af artikel 39 EF, samt af de bestemmelser, der er truffet for at gennemføre denne ret, såsom bestemmelserne i forordning nr. 1612/68. En sådan fortolkning understøttes af indførelsen af unionsborgerskabet, der er den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere«⁶². Domstolen sagde imidlertid udtrykkeligt, at forordning nr. 1612/68 finder »analog« anvendelse⁶³.

80. Domstolen har for nylig i O. og B.-dommen fastslået, at artikel 21, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at direktiv 2004/38 finder *analog* anvendelse⁶⁴ på tilfælde, hvor en unionsborger har opbygget eller konsolideret et familieliv med en tredjelandstatsborger under et faktisk ophold i medfør af og under overholdelsen af betingelserne i artikel 7, stk. 1 og 2, eller artikel 16, stk. 1, og 2, i direktiv 2004/38, i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, og vender tilbage sammen med det omhandlede familiemedlem til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger⁶⁵.

54 — EU:C:1992:296.

55 — De afledte rettigheder til ophold blev indrømmet af Domstolen på grundlag af artikel 52 i EØF-traktaten (nu artikel 49 TEUF) og Rådets direktiv 73/148/EØF af 21.5.1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsninger inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser (EFT L 172, s. 14), som er blevet ophævet og erstattet af direktiv 2004/38.

56 — Jf. dom Singh (EU:C:1992:296, præmis 19 og 20).

57 — Ibidem (præmis 25).

58 — EU:C:2007:771.

59 — EU:C:2014:135

60 — EU:C:2007:771

61 — Ibidem.

62 — Ibidem (præmis 32).

63 — Ibidem (konklusionen).

64 — Min fremhævelse.

65 — Dom O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 61 og domskonklusionen).

81. For det første følger det af Domstolens praksis, at det er i lyset af ikke alene den primære ret, men også den afledte ret, at der indrømmes en ret til ophold for en unionsborgers og dennes familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, i den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger, efter »forudgående« udøvelse af retten til fri bevægelighed. Med andre ord har Domstolen anerkendt denne ret til ophold i tilfælde af endelig tilbagevenden til hjemlandet efter et ophold i en anden stat.

82. For det andet fremgår det af samme retspraksis, at Domstolen snarere har begrundet disse domme på grundlag af traktaterne end på den afledte ret. Selv om jeg er enig i det resultat, som Domstolen er nået frem til, er jeg dog stadig skeptisk over for det ræsonnement, som den har fulgt. Domstolen har således i disse domme foretaget en fortolkning af traktaten i lyset af den afledte ret, herunder navnlig direktiv 2004/38⁶⁶. Tillad mig i denne forbindelse i det mindste at så tvivl om en sådan fortolkning i betragtning af princippet om rangfølgen mellem den primære og den afledte ret. Jeg mener således, at det er den afledte ret, som skal fortolkes i lyset af traktaterne og ikke omvendt. Ville man ellers ikke kunne frygte, at institutionernes retsakter eller praksis risikerer at medføre en revision af traktaterne uden for de procedurer, der er fastsat med henblik herpå?

83. Jeg mener derfor, at en mindre restriktiv fortolkning af direktiv 2004/38 ville være mere passende og ud fra alt at dømme ville sikre sammenhængen mellem henholdsvis traktatens og direktivets anvendelsesområde.

c) Delkonklusion

84. Efter min opfattelse er denne sag en kærkommen anledning for Domstolen til at behandle spørgsmålet om anvendeligheden af direktiv 2004/38 i forbindelse med, at en unionsborger, der er ledsaget af et familiemedlem, som er tredjelandstatsborger, efter en forudgående udøvelse af fri bevægelighed flytter til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger.

85. Først og fremmest finder jeg det nødvendigt at give en mere sammenhængende fortolkning af dette direktiv i betragtning af det EU-retlige retskildesystem og den rolle, som unionsborgerskabet spiller i Unionen i dag. En sådan fortolkning ville, som det fremgår af dette forslag til afgørelses punkt 75, forhindre ulogiske resultater, såsom den omstændighed, at Helena Patricia McCarthy kan ledsage sin ægtefælle, når han flytter til alle andre medlemsstater end dér, hvor han er statsborger.

86. Desuden giver den foreliggende sag mulighed for at videreudvikle Domstolens praksis vedrørende unionsborgeres ret til at blive ledsaget af et familiemedlem, som er tredjelandstatsborger, for bedre at afspejle virkeligheden for unionsborgere, der migrerer inden for Unionen, hvor tanken om oprindelseslande er blevet uklar. I denne optik er O. og B.-dommen⁶⁷ et første skridt i denne retning, idet Domstolen har udtalt sig til fordel for en analog anvendelse af direktiv 2004/38. Det er dog ikke vanskeligt at forestille sig, at den analoge anvendelse af dette direktiv i sin helhed er forbundet med en lang række ulemper.

87. Endelig har Domstolen ikke taget andre tilfælde i betragtning, som uden tvivl vil forekomme i fremtiden, herunder de tilfælde, hvor unionsborgere aldrig har boet i den medlemsstat, hvor de er statsborgere. Domstolen kunne således benytte denne lejlighed til at præcisere, at direktiv 2004/38 finder anvendelse på unionsborgeres familiemedlemmer, uanset bestemmelsesmedlemsstaten.

⁶⁶ — Ibidem.

⁶⁷ — Ibidem.

88. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det fastslås, at direktiv 2004/38 finder anvendelse på tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger som omhandlet i direktivets artikel 2, nr. 2), når unionsborgeren og dennes familiemedlemmer, efter at unionsborgeren forudgående har udøvet retten til fri bevægelighed og efter at have haft faktisk ophold i en anden medlemsstat, flytter til den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger.

4. Anvendeligheden af direktiv 2004/38, når unionsborgeren, som faktisk udnytter sin ret til fri bevægelighed ved at opholde sig i værtsmedlemsstaten, samtidig udøver denne ret ved at flytte til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger: ret til indrejse og kortvarigt ophold

89. Jeg har foreslået Domstolen at udvide anvendelsesområdet for direktiv 2004/38 til at omfatte en afledt ret til ophold for unionsborgere, der – efter først at have gjort faktisk brug af deres ret til fri bevægelighed – flytter til den medlemsstat, hvor de er statsborgere, under ledsagelse af deres familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere. Såfremt Domstolen måtte vælge ikke at følge dette ræsonnement, gennemgår jeg desuden herefter anvendeligheden af dette direktiv, hvis unionsborgeren samtidig udøver sin frie bevægelighed ved at flytte til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger, og dette udelukkende for så vidt angår retten til indrejse og kortvarigt ophold.

90. Indledningsvis skal det i denne henseende for det første bemærkes, at retten til indrejse er sikret for alle unionsborgere i artikel 21 TEUF. Artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/38 præciserer betingelserne for anvendelsen af denne ret, som alene støttes på besiddelsen af unionsborgerskabet. Den er således nært forbundet med retten til ophold i indtil tre måneder, der er fastsat i dette direktivs artikel 6.

a) Udøvelse af den frie bevægelighed i værtsmedlemsstaten samtidig med ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger

91. Ifølge Domstolens praksis har den unionsborger, som – samtidig med, at vedkommende opholder sig sammen med et familiemedlem, som er tredjelandstatsborger, i den medlemsstat, hvor den pågældende unionsborger er statsborger – udøver sin frie bevægelighed i en anden medlemsstat, ret til at få nævnte familiemedlem familiesammenført i den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger. Det var bl.a. tilfældet i Carpenter-dommen⁶⁸.

92. Den dom omhandlede en tjenesteyder med bopæl i den medlemsstat, hvor han er statsborger, som leverede tjenesteydelser til modtagere i andre medlemsstater. Domstolen fastslog, at afslaget på at give opholdstilladelse til Peter Carpenters ægtefælle »ville få negative konsekvenser for deres familieliv og dermed også for betingelserne for Peter Carpenters udøvelse af en grundlæggende frihed«⁶⁹. På grundlag af artikel 49 i EF-traktaten (nu artikel 56 TEUF) konkluderede Domstolen, at den medlemsstat, hvor Peter Carpenter var statsborger, ikke kunne nægte Peter Carpenters ægtefælle ophold under henvisning til traktaterne, så meget desto mere fordi afgørelsen om at udvise sidstnævnte udgjorde en indgriben i Peter Carpenters udøvelse af retten til respekt for familielivet⁷⁰.

93. Tilsvarende har Domstolen for nylig i S. og G.-dommen fastslået, at artikel 45 TEUF giver en unionsborgers familiemedlem, som er tredjelandstatsborger, en afledt ret til ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger, når nævnte unionsborger bor i sidstnævnte stat, men jævnligt rejser til en anden medlemsstat som arbejdstager som omhandlet i nævnte bestemmelse, eftersom et afslag på at give en sådan opholdsret har en afskrækkende virkning på den reelle udøvelse af de rettigheder, som den omhandlede arbejdstager har i henhold til artikel 45 TEUF⁷¹.

68 — EU:C:2002:434.

69 — Ibidem (præmis 39).

70 — Ibidem (præmis 41).

71 — C-457/12, EU:C:2014:136, præmis 46 og domskonklusionen

94. Det følger af disse domme, at i tilfælde af samtidig udøvelse af den frie bevægelighed, bl.a. til regelmæssige ophold, som ikke indebærer, at en unionsborger bosætter sig i en anden medlemsstat, har Domstolen – hovedsageligt i lyset af den primære ret – anerkendt den afledte opholdsret for tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger.

b) Udøvelsen af den frie bevægelighed efter et faktisk ophold i værtsmedlemsstaten, tilbagelagt samtidig med udøvelsen af retten til indrejse og kortvarigt ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger

95. Indledningsvis skal det bemærkes, at Domstolen i sin praksis, hverken inden for rammerne af direktivet eller i lyset af traktaten, har anerkendt den afledte ret til ophold for familiemedlemmer, som er tredjelandstatsborgere, hvis en unionsborger ikke har udøvet sin ret til fri bevægelighed⁷², eller hvis andre af de påkrævede betingelser i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 ikke var opfyldt.

96. Jeg synes i denne henseende, at det er interessant at understrege, at det netop er inden for rammerne af denne retspraksis, at Domstolen har bekræftet kravet om, at anvendelsesbetingelserne i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 er opfyldt, når en unionsborger rejser til den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger⁷³. Domstolen har således udtalt, at det ikke er alle tredjelandstatsborgere, men kun dem, der er »familiemedlemmer« som omhandlet i artikel 2, nr. 2), i dette direktiv, til en unionsborger, der har udøvet sin ret til fri bevægelighed ved at bosætte sig i en anden medlemsstat end den medlemsstat, hvor han er statsborger, som i medfør af direktiv 2004/38 har ret til indrejse og ophold i en anden medlemsstat⁷⁴.

97. Jeg stiller dog spørgsmålstegn ved relevansen af at overføre denne retspraksis på tilfælde som det i hovedsagen foreliggende. Jeg har navnlig min tvivl i forhold til at udelukke en unionsborger – som har udøvet sin ret til fri bevægelighed i en anden medlemsstat, samtidig med at den pågældende har opholdt sig i den medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger – og denne unionsborgers familiemedlemmer, der er tredjelandstatsborgere, og som ledsager denne, fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/38.

98. I modsætning til den foreliggende sag havde de omhandlede unionsborgere, herunder i de sager, der gav anledning til McCarthy-dommen⁷⁵, dommen i sagen Dereci m.fl.⁷⁶, dommen i sagen O. m.fl.⁷⁷, Ymeraga og Ymeraga og Ymeraga-Tafarshiku-dommen⁷⁸ og Iida-dommen⁷⁹, (i) enten aldrig udøvet deres ret til fri bevægelighed, idet de altid havde opholdt sig i den medlemsstat, hvor de var statsborgere, eller (ii) under deres ophold i en anden medlemsstat hverken været ledsaget af et familiemedlem, som var tredjelandstatsborger, eller havde fået et familiemedlem til at slutte sig til dem. I disse sager opfyldte de omhandlede unionsborgere således ikke betingelserne i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38.

72 — Hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

73 — Jf. bl.a. domme McCarthy (EU:C:2011:277), Dereci m.fl. (EU:C:2011:734), O. m.fl. (C-356/11 og C-357/11, EU:C:2012:776) og Ymeraga og Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, EU:C:2013:291).

74 — Domme Dereci m.fl. (EU:C:2011:734, præmis 56), Iida (EU:C:2012:691, præmis 51), O. m.fl. (EU:C:2012:776, præmis 41) og O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 39).

75 — EU:C:2011:277, præmis 31 og 39.

76 — EU:C:2011:734, præmis 54.

77 — EU:C:2012:776, præmis 42.

78 — EU:C:2013:291, præmis 30.

79 — EU:C:2012:691, præmis 65.

99. De faktiske forhold i tvisten i hovedsagen adskiller sig desuden fra forholdene i de sager, der gav anledning til de seneste domme i sagerne O. og B. samt S. og G.⁸⁰, fordi unionsborgerne, som boede i den medlemsstat, hvor de var statsborgere, (i) enten havde opholdt sig i værtsmedlemsstaten i kraft af deres unionsborgerskab i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF eller som modtagere af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 56 TEUF, og ikke som arbejdstagere⁸¹, eller (ii) var flyttet uden for grænserne for at rejse ind i en anden medlemsstat som arbejdstagere for en arbejdsgiver, der havde forretningssted i en anden medlemsstat, eller som arbejdstagere, der inden for rammerne af de opgaver, som de udførte for denne arbejdsgiver, der havde forretningssted i den medlemsstat, hvor de var statsborgere, jævnligt rejste til en anden medlemsstat. Med andre ord var unionsborgeren, således som det desuden var tilfældet i Carpenter-sagen, ikke bosat i værtsmedlemsstaten.

100. I denne henseende bemærkes, at i den foreliggende sag har Sean Ambrose McCarthy og hans datter udøvet deres ret til fri bevægelighed, idet »de har bosat sig i en anden medlemsstat end den, hvor de er statsborgere«, nemlig Spanien. Helena Patricia McCarthy ledsagede dem i sidstnævnte medlemsstat, hvor hun således opnåede et opholdskort som omhandlet i artikel 10 i direktiv 2004/38. Den omstændighed, at sagsøgerne i hovedsagen »på nuværende tidspunkt« opholder sig i Spanien, vidner om bosættelsens og dermed deres opholds reelle karakter. Denne reelle karakter af deres ophold er ifølge Domstolens seneste praksis et relevant element for at anse direktiv 2004/38 for anvendeligt⁸², også selv om der kun er tale om en analog anvendelse.

101. Samtidig med dette reelle ophold i Spanien som familiemedlem til en unionsborger har Helena Patricia McCarthy ønsket at udøve sin afledte ret til indrejse og kortvarigt ophold for at ledsage sin familie i Det Forenede Kongerige. I den foreliggende sag er jeg således overbevist om, at direktiv 2004/38 finder anvendelse.

102. Denne fortolkning har støtte i ordlyden af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38. Denne opstiller to betingelser: a) at unionsborgeren rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, og b) at familiemedlemmet, som er tredjelandsstatsborger, ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne.

103. Efter min mening er der således tale om kumulative betingelser, der skal være opfyldt på det tidspunkt, hvor den omhandlede unionsborgers familiemedlemmer ansøger om ret til indrejse og kortvarigt ophold. Eftersom Sean Ambrose McCarthy og hans datter er lovligt bosat i Spanien sammen med Helena Patricia McCarthy på det tidspunkt, hvor de kortvarigt opholder sig i Det Forenede Kongerige, mener jeg, at sagen er omfattet af dette direktiv. Sean Ambrose McCarthy »opholdt« sig således i en anden medlemsstat, nemlig Spanien, på det tidspunkt, hvor han påberåber sig de med direktivet tildelte rettigheder for at »rejse til« Det Forenede Kongerige.

104. Da den frie bevægelighed for personer er en af hjørnestenene i EU, skal undtagelser til denne frihed fortolkes strengt⁸³. Henset til den sammenhæng, som direktiv 2004/38 indgår i, og de mål, der søges opnået herved, samt til den grundlæggende frihed til at færdes og tage ophold, der anerkendes i artikel 21, stk. 1, TEUF, kan bestemmelserne i dette direktiv således ikke fortolkes restriktivt og bør under alle omstændigheder ikke fratages deres effektive virkning⁸⁴.

80 — EU:C:2014:135 et EU:C:2014:136.

81 — Disse borgere var ikke flyttet til en anden medlemsstat, som det er tilfældet med Sean Ambrose McCarthy.

82 — Jf. dom O. og B. (EU:C:2014:135, præmis 53).

83 — Jf., analogt, domme Kempf (139/85, EU:C:1986:223, præmis 13) og Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, præmis 23). Jf. desuden Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet om retningslinjer for en bedre gennemførelse og anvendelse af direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2009) 313 endelig, s. 3 (herefter »retningslinjerne«)).

84 — Dom Metock m.fl. (EU:C:2008:449, præmis 84).

c) Delkonklusion

105. Såfremt Domstolen måtte vælge ikke at følge den første konklusion i mit forslag⁸⁵, og eftersom artikel 5 i direktiv 2004/38 kun fastsætter retten til indrejse, som er nært forbundet med kortvarigt ophold (ophold i indtil tre måneder)⁸⁶, vil jeg foreslå Domstolen i det mindste at anvende direktiv 2004/38 på unionsborgere og deres familiemedlemmer, som er tredjelandsstatsborgere, og som faktisk udøver deres frie bevægelighed ved at opholde sig i en anden medlemsstat samtidig med, at de kortvarigt rejser til den medlemsstat, hvor de omhandlede unionsborgere er statsborgere. I så fald vil Domstolen kun udelukke de tilfælde fra nævnte direktivs anvendelsesområde, hvor en unionsborger, efter forudgående at have udøvet fri bevægelighed, rejser med sine familiemedlemmer, som er tredjelandsstatsborgere, til den medlemsstat, hvor vedkommende unionsborger er statsborger, med henblik på andet ophold end kortvarigt ophold.

B – Om identificering af foranstaltninger, der kan vedtages på grundlag af artikel 35 i direktiv 2004/38

106. Det første og det tredje præjudicielle spørgsmål, som skal behandles samlet, omhandler spørgsmålet om, hvorvidt og på hvilke betingelser artikel 35 i direktiv 2004/38 gør det muligt for en medlemsstat, som mener at stå over for »et systematisk misbrug af rettigheder« i forbindelse med udstedelse af opholdskort som omhandlet i dette direktivs artikel 10, at vedtage en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede. Denne foranstaltning anvendes på en generel og forebyggende måde og hviler ikke på en forudgående konstatering af et misbrug af rettigheder i en konkret sag.

107. For at besvare disse spørgsmål vil jeg begynde med en kort gennemgang af begrebet misbrug af rettigheder i de relevante dele af Domstolens praksis. I lyset af denne praksis vil jeg dernæst se på fortolkningen af artikel 35 i direktiv 2004/38, navnlig henset til argumenter, der er fremsat af Det Forenede Kongeriges regering.

1. Om begrebet misbrug af rettigheder i de relevante dele af Domstolens praksis

108. Indledningsvis vil jeg gerne gøre opmærksom på, at begrebet misbrug af rettigheder er et anerkendt begreb i de fleste medlemsstater. Eksempelvis er den klassiske definition af misbrug af rettigheder ifølge fransk juridisk litteratur følgende: »usage excessif d'une prérogative juridique; action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite«⁸⁷. Det må således præciseres, at dette begrebs funktion forudsætter, at misbrugeren er rettighedsindehaver⁸⁸.

109. Tysk juridisk litteratur giver følgende definition: »Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist«⁸⁹.

85 — Jf. dette forslag til afgørelses afsnit A, punkt 3.

86 — Det skal her bemærkes, at ud over de i artikel 5 i direktiv 2004/38 opstillede betingelser, kan medlemsstaterne ikke stille nogen andre krav til borgernes indrejse, såsom et indrejsevisum. Jf. dom Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, præmis 23). Jf. også C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford (Oxford University Press), 2010, s. 424.

87 — [O.a.: Domstolens oversættelse: overdreven anvendelse af et juridisk prærogativ: en handling bestående i, at indehaveren af en ret, en kompetence eller en funktion i sin udøvelse heraf overskrider de normer, der gælder for lovlig anvendelse], G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris PUF, ottende udgave, juni 2009.

88 — D. Simon og A. Rigaux, »La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit«, *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, bind 2 (2004), s. 559-587, på s. 563.

89 — [O.a.: Domstolens oversættelse: »udøvelsen af en subjektiv ret, som formelt opfylder kravene i en lov, men som under hensyn til sagens omstændigheder er i strid med god tro«]. Jf. Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 20. udgave, München, 2011, s. 977.

110. I polsk ret kan enhver handling eller undladelse fra en rettighedsindehavers side, som, selv om den formelt svarer til denne rets anvendelse, udøves i strid med principperne om social sameksistens eller sit socioøkonomiske formål, ikke anses for at være udøvelse af den omhandlede ret og kan ikke tillægges retlig beskyttelse⁹⁰.

111. Hvad angår EU-retten forudsætter undersøgelsen heraf en henvisning til Domstolens praksis, eftersom dette begreb kun forekommer sporadisk i den afledte ret⁹¹. Domstolen ser dette, dels som et princip i national ret i en sammenhæng, hvor et retssubjekt påberåber sig EU-retten »alene med det formål at omgå anvendelsen af national ret«⁹², dels som et EU-retligt princip i en sammenhæng, hvor et retssubjekt »på en svingagtig eller overdreven måde udnytter en ret, som vedkommende er blevet tildelt af EU-retten«⁹³.

112. Det følger af Domstolens praksis, at begrebet misbrug af rettigheder udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, hvorefter »konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som de EU-retlige bestemmelser forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt. Der kræves dels et subjektivt element, der består i ønsket om at drage fordel af de EU-retlige bestemmelser ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel«⁹⁴.

113. Med hensyn til direktivet mener Kommissionen, at misbrug af rettigheder er »en kunstig adfærd, der alene har til formål at opnå ret til fri bevægelighed og ophold i henhold til EU-retten, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med de EU-retlige bestemmelser, om end de betingelser, der er fastsat i disse bestemmelser, formelt er opfyldt«⁹⁵.

114. Domstolen har desuden understreget, at det tilkommer den nationale ret at fastslå, om disse to elementer, hvorom der skal føres bevis i overensstemmelse med de nationale retsregler, »idet EU-rettens virkning dog ikke må begrænses«⁹⁶, foreligger. Domstolen har ligeledes mindet om, at anvendelsen af den nationale bestemmelse ikke må være til hinder for de EU-retlige bestemmelsers fulde virkning og ensartede anvendelse i medlemsstaterne, og at de nationale retter navnlig ikke, ved vurderingen af et spørgsmål, hvori der forekommer en rettighed i henhold til EU-retten, kan ændre bestemmelsens rækkevidde eller fortolke den i strid med de formål, den forfølger⁹⁷.

115. I denne henseende forekommer det mig utvivlsomt, at Det Forenede Kongerige ikke har ført bevis for et misbrug af rettigheder, da der i den foreliggende sag hverken er identificeret et objektivt eller et subjektivt element. Efter min opfattelse er det dog mere hensigtsmæssigt at uddybe den holdning, som jeg fremsatte i forbindelse med gennemgangen af artikel 35 i direktiv 2004/38 i lyset af Domstolens praksis og i betragtning af de af Det Forenede Kongerige fremførte argumenter.

90 — Jf. artikel 5 i den polske civillovbog og P. Machnikowski, *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (udg.), Varsovie, 2006, s. 14.

91 — Dette er bl.a. tilfældet med artikel 35 i direktiv 2004/38.

92 — Således præciseret omfatter dette begreb rent kunstige arrangementer eller bedrageri med en EU-retlig kompetence, dvs. at misbruget kan vedrøre anvendeligheden af EU-retten ved kunstigt at skabe tilknytningspunkt til denne ret, F. Lagondet, loc.cit., s. 8.

93 — D. Simon og A. Rigaux, loc.cit., s. 564. Jf. også D. Waelbroeck, »La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire«, *Mélanges en hommage à Jean Victor Louis*, udg. I (2003), s. 565-616, s. 597.

94 — Dom Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52 og 53).

95 — Jf. KOM(2009) 313 endelig, s. 15 og 16.

96 — Min fremhævelse. Dom Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, præmis 52-54) og senere dom Ungarn mod Slovakiet (C-364/10, EU:C:2012:630, præmis 58).

97 — Domme Pafitis m.fl. (C-441/93, EU:C:1996:92, præmis 68) og Kefalas m.fl. (C-367/96, EU:C:1998:222, præmis 22).

2. Om fortolkningen af artikel 35 i direktiv 2004/38 i lyset af Domstolens praksis

116. I medfør af artikel 35 i direktiv 2004/38 kan medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til at nægte, ophæve eller tilbagekalde rettigheder i henhold til dette direktiv, når der er tale om misbrug af rettigheder eller om svig, som f.eks. proformaægteskab.

117. I denne henseende opstår spørgsmålet om, hvilken type foranstaltning medlemsstaterne kan vedtage for at beskytte sig mod misbrug af rettigheder på grundlag af denne bestemmelse: kun individuelle foranstaltninger eller også generelle og præventive foranstaltninger?

118. Dette spørgsmål skal besvares ved at læse artikel 35 i lyset af Domstolens praksis, som nævnt i punkt 112 og 114 ovenfor, hvorefter det for at fastslå, at der er sket et misbrug af rettigheder i henhold til denne bestemmelse, er nødvendigt at foretage en undersøgelse i to etaper for at kontrollere de nævnte objektive og subjektive elementer⁹⁸.

119. Inden en sådan undersøgelse foretages, må det fastslås, hvad formålet med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38 er.

120. I denne henseende fremgår det af femte betragtning til direktiv 2004/38, at »retten for alle unionsborgere til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, for at den kan udøves på objektive betingelser, der sikrer værdighed, også må indrømmes familiemedlemmer, uanset disses nationalitet [...]«.

121. Hvad for det første angår alle objektive omstændigheder, hvoraf det følger, at formålet med artikel 5, stk. 2, ikke er opnået, selv om betingelserne i direktiv 2004/38 formelt er opfyldt, har Det Forenede Kongeriges myndigheder ganske enkelt tilsidesat deres forpligtelse til at undersøge disse. Jeg minder om, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at undersøgelsen af den adfærd, der anfægtes i forbindelse med et misbrug af rettigheder, skal ske konkret⁹⁹. Som det også fremgår af størstedelen af de skriftlige indlæg, der er forelagt Domstolen, kræver artikel 35 i direktiv 2004/38 konstatering af et misbrug af rettigheder i en konkret sag for, at indehavere af et opholdskort som omhandlet i dette direktivs artikel 10 kan nægtes den i artikel 5 tildelte ret til at indrejse uden visum.

122. Jeg tøver således ikke med at hævde, at det objektive element i det af Secretary of State påståede misbrug af rettigheder mangler i den foreliggende sag, eftersom formålet med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38 efter min mening er opfyldt. Sagsøgerne i hovedsagens udøvelse af retten til at færdes har de facto medført, at de har bosat sig i en medlemsstat, nemlig Spanien, med den hensigt at bo sammen dér og at rejse til Det Forenede Kongerige på kortvarige ophold. Overholdelsen af denne bestemmelse er med andre ord ikke kun formel. Sagsøgerne i hovedsagens rejser er ikke kunstige, men reelle. Disse rejser er udtryk for en lovlig udøvelse af deres ret til fri bevægelighed, da de hverken har ønsket at omgå Det Forenede Kongeriges lovgivning eller at udnytte de med dette direktiv tillagte rettigheder på en svigagtig eller overdreven måde, hvilket Det Forenede Kongerige ikke har bestridt.

123. Hvad for det andet angår det subjektive element, som består i ønsket om at opnå en fordel, der følger af direktiv 2004/38, er det indlysende, at dette heller ikke foreligger. Det Forenede Kongeriges myndigheder har således ikke påberåbt sig sagsøgerne i hovedsagens individuelle adfærd med henblik på at ophæve anvendelsen af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38.

98 — Jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sag Bozkurt (C-303/08, EU:C:2010:413, punkt 67).

99 — Jf. domme Kefalas m.fl. (EU:C:1998:222, præmis 28) og Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, præmis 34).

124. Tværtimod har Det Forenede Kongeriges myndigheder hverken i deres skriftlige indlæg eller under den mundtlige forhandling gjort gældende, at der ikke skulle være tale om et reelt ægteskab mellem Helena Patricia McCarthy og Sean Ambrose McCarthy, eller at parret ikke skulle leve et reelt familieliv i Spanien. I denne henseende kan et ægteskab kun betegnes som et proformaægteskab i henhold til direktiv 2004/38, hvis dette ægteskab indgås »med det ene formål at opnå ret til fri bevægelighed og ophold i henhold til direktivet, hvilket man ellers ikke ville have haft«¹⁰⁰.

125. Jeg bemærker desuden, at de i artikel 35 i direktiv 2004/38 omhandlede foranstaltninger er omfattet af direktivets artikel 30 og 31. Som det også fremgår af størstedelen af de skriftlige indlæg, der er indgivet til Domstolen, ville en foranstaltning, som finder generel anvendelse, udhule de proceduremæssige garantier i disse artikler. De i artikel 35 fastsatte foranstaltninger er derfor individuelle foranstaltninger, som ikke berettiger en systematisk suspension af de rettigheder, som er tillagt med dette direktiv. En systematisk suspension af nævnte rettigheder giver derimod hverken den nationale ret eller Domstolen mulighed for at kontrollere, om de betingelser, som har fået Det Forenede Kongeriges myndigheder til at tilsidesætte denne ret i den foreliggende sag, faktisk er opfyldt.

126. Ifølge retningslinjerne hviler ordningen i direktiv 2004/38 netop på individuelle afgørelser, og de nationale myndigheder skal lægge vægt på alle omstændighederne i den foreliggende sag. De skal nærmere bestemt vurdere de omhandlede personers adfærd i lyset af EU-rettenens mål og basere sig på objektive beviser¹⁰¹.

127. Som Kommissionen med rette har anført i nævnte retningslinjer, skal der, når begrebet misbrug skal fortolkes inden for rammerne af direktiv 2004/38, således lægges særlig vægt på EU-borgerens status. I overensstemmelse med princippet om EU-retten forrang skal vurderingen af, hvorvidt EU-retten er blevet misbrugt, gennemføres inden for rammerne af EU-retten og ikke i henhold til national indvandringslovgivning. Direktivet forhindrer ikke medlemsstater i at efterforske enkeltsager, hvor der er en begrundet mistanke om misbrug. EU-retten forbyder imidlertid systematisk kontrol. Medlemsstaternes foranstaltninger til bekæmpelse af proformaægteskaber må desuden ikke afskrække EU-borgere og deres familiemedlemmer fra at udnytte deres ret til fri bevægelighed eller uberettiget anfægte deres legitime rettigheder. De må ikke underminere effektiviteten af EU-retten eller medføre forskelsbehandling på grundlag af nationalitet¹⁰².

128. Endelig er jeg ret overbevist om, at Det Forenede Kongerige i vurderingen af Helena Patricia McCartneys udøvelse af retten til indrejse, der følger af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38, har ændret denne bestemmelses anvendelsesområde og dermed bragt opfyldelsen af formålene med direktiv 2004/38 i fare. Det Forenede Kongerige hævder i denne henseende, at et misbrug af rettigheder kan løses ved ganske enkelt at se bort fra den bestemmelse, som er genstand for et eventuelt misbrug af rettigheder, hvilket efter min opfattelse er i strid med selve tanken om misbrug af rettigheder og bringer opfyldelsen af formålene med direktiv 2004/38 i fare.

3. Om Det Forenede Kongeriges indvendinger

129. Det Forenede Kongerige har både i sine skriftlige indlæg og under den mundtlige forhandling i modsætning til sagens øvrige parter og intervenienter gjort gældende, at landet for tiden står over for et betydeligt antal tilfælde af misbrug af retten til indrejse for familiemedlemmer, som er tredjelandssstatsborgere, som en måde at omgå den nationale indvandrings- og grænsekontrol på. Det Forenede Kongerige har betegnet situationen som »systemisk misbrug af rettigheder«.

100 — Jf. KOM(2009) 313 endelig, s. 16.

101 — Jf. KOM(2009) 313 endelig, afsnit 4.3. Jf. også dom Metock m.fl. (EU:C:2008:449, præmis 74 og 75).

102 — KOM(2009) 313 endelig, s. 16.

130. Det Forenede Kongerige hævder, at hvis det accepterede, at alle de opholdskort, der angiveligt er udstedt i medfør af direktivets artikel 10, undtager tredjelandsstatsborgerne fra enhver visumkontrol, ville disse kort gøre det lettere at indrejse på dets område. Det Forenede Kongerige har i denne henseende henvist til at have fremlagt beviser for, at der er tale om et systemisk misbrug af rettigheder.

131. Selv om adjektivet »systemisk« ikke forekommer mig foreneligt med begrebet misbrug af rettigheder inden for rammerne af EU-retten, skal det dog undersøges, om de beviser, som denne medlemsstat har fremlagt, opfylder de i EU-retten påkrævede betingelser.

132. De dokumenter, som Det Forenede Kongerige har fremlagt som beviser, omhandler bl.a. en undersøgelse foretaget i 2011 af denne medlemsstats grænsekontrolmyndighed, som havde identificeret 1494 »forsøg« på at anvende falske dokumenter, der var opnået på en svigagtig måde gennem proformaægteskaber eller falske bilag¹⁰³. Det Forenede Kongerige står bl.a. over for anvendelsen af falske dokumenter eller dokumenter, som er opnået på en svigagtig måde gennem proformaægteskaber eller falske bilag¹⁰⁴. En undersøgelse, som Det Forenede Kongerige foretog, af opholdskort udstedt af de øvrige medlemsstater, viste, at opholdskort udstedt af 12 medlemsstater ikke opfyldte de minimumssikkerhedsstandards for Unionens rejsedokumenter, der er fastsat af Organisationen for International Civil Luftfart. Tredjelandsstatsborgeres svig og misbrug af rettigheder blev desuden anset for at være et alvorligt problem af medlemsstaterne¹⁰⁵. Det Forenede Kongerige var i særdeleshed optaget af de manglende ensartede minimumsstandards for de i artikel 10 omhandlede opholdskort, og den heraf følgende risiko for misbrug ved at omgå indvandringskontrollerne.

133. Det er tydeligt, at de af Det Forenede Kongerige fremlagte beviser ikke kan anses for konkrete beviser, der er forbundet med sagsøgerne i hovedsagens individuelle adfærd. Disse beviser opfylder ikke de objektive og subjektive betingelser, som kræves for konstateringen af et misbrug af rettigheder i en konkret sag, som det fremgår af dette forslag til afgørelses punkt 121-127. Jeg bemærker i denne forbindelse, at det er ubestridt, at sagsøgerne i hovedsagens adfærd ikke udgør et misbrug af rettigheder i henhold til EU-retten.

134. Det bemærkes desuden, at en generel formodning om svig ikke er tilstrækkelig til at begrunde en foranstaltning, som bringer opfyldelsen af målene i EUF-traktaten i fare¹⁰⁶. Vurderingen af misbruget påhviler i princippet de nationale retter, men deres bedømmelse må under ingen omstændigheder bringe EU-rettens sammenhæng og effektivitet i fare¹⁰⁷.

135. Hvad desuden angår den manglende overholdelse af de minimumssikkerhedsstandards, der er fastsat af Organisationen for International Civil Luftfart, som Det Forenede Kongerige har henvist til, har Det Forenede Kongeriges repræsentant i retsmødet understreget, at de opholdskort for familiemedlemmer til en unionsborger, der er udstedt af de spanske myndigheder, overholder denne organisations standarder.

103 — Det bemærkes, at misbrug af rettigheder i Det Forenede Kongerige betegner to vidt forskellige juridiske tilfælde, proformaægteskaber og anvendelsen af falske bilag. Begrebet misbrug af rettigheder finder kun anvendelse i det første tilfælde.

104 — Ifølge et dokument fra Kommissionen bad denne på Rådets anmodning medlemsstaterne om at fremlægge oplysninger om misbrug af fri bevægelighed gennem proformaægteskaber. 12 medlemsstater fremlagde statistikker om »identificerede« sager. Ifølge dette dokument afviste Det Forenede Kongerige 176 ansøgninger om familiesammenføring med henvisning til tvivl om ægteskabets ægthed (ud af 256 sager, hvor der var mistanke om misbrug, og som udgør ca. 2% af de indkomne ansøgninger i denne periode). Jf. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget »Fri bevægelighed for EU-borgere og deres familiemedlemmer: Fem foranstaltninger, der gør en forskel« (KOM(2013) 837 endelig, s. 9).

105 — I april 2012 havde Rådet vedtaget et dokument om fastlæggelsen af de foranstaltninger, der skal træffes, men overskriften »EU's indsats mod migrationspresset – En strategisk reaktion«, hvor et af de strategiske indsatsområder var »at bevare og beskytte den frie bevægelighed ved at forhindre tredjelandsstatsborgeres misbrug«.

106 — Jf. dom Kommissionen mod Belgien (C-577/10, EU:C:2012:814, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

107 — D. Simon og A. Rigaux, *Le système juridique communautaire*, tredje udgave, 2001, s. 582.

136. Hvad angår en eventuel manglende overholdelse af de sikkerhedsstandarder, som Kongeriget Spanien har anvendt på sit område, vil jeg under alle omstændigheder gerne understrege, at en medlemsstats sådanne eventuelle manglende overholdelse af direktiv 2004/38 ikke er omfattet af misbrug af rettigheder og således ikke er omfattet af direktivets artikel 35¹⁰⁸.

137. Hvad angår familietilladelsen mener jeg, at denne ganske enkelt svarer til visumpligten, som ikke kun er i strid med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/38, men også med direktivets formål og ordning. Opholdskortet, der er udstedt i medfør af dette direktivs artikel 10, har ganske vist kun deklaratorisk karakter og udgør ikke en ret, da det kun attesterer en allerede eksisterende ret. Det kan imidlertid hævdes, at dette kort skal accepteres af medlemsstaterne, eftersom betingelserne for at kunne udøve retten til fri bevægelighed i henhold til EU-retten er opfyldt af tredjelandstatsborgeren, der er familiemedlem til en unionsborger¹⁰⁹.

138. Endelig mener jeg, at det ville være i strid med princippet om gensidig anerkendelse, hvis man gav en medlemsstat adgang til at se bort fra et opholdskort, som en anden medlemsstat har udstedt. Det bemærkes, at de rettigheder, der følger af den frie bevægelighed, i henhold til Domstolens praksis ikke kan udøves, medmindre der fremlægges dokumenter vedrørende den pågældende persons forhold, og sådanne dokumenter udstedes normalt af arbejdstagerens oprindelsesstat. De administrative myndigheder og domstolene i en medlemsstat er derfor forpligtet til at anerkende personregisterudskrifter og lignende dokumenter, der er udstedt af de kompetente myndigheder i de øvrige medlemsstater, medmindre der på grund af de konkrete forhold i den enkelte sag er alvorlig tvivl om rigtigheden heraf¹¹⁰.

139. Hvis man således accepterede Det Forenede Kongeriges iværksættelse af generelle foranstaltninger, ville det svare til at tillade omgåelse af retten til fri bevægelighed, og det ville betyde, at andre medlemsstater også kunne træffe lignende foranstaltninger og ensidigt ophæve direktivets anvendelse.

140. Jeg er således af den opfattelse, at de beviser, som Det Forenede Kongerige har fremlagt, ikke er tilstrækkelige til at støtte dets påstand om et eventuelt systemisk misbrug af rettigheder.

141. På dette grundlag mener jeg, at det første og det tredje spørgsmål skal besvares med, at artikel 35 i direktiv 2004/38 ikke gør det muligt for en medlemsstat at vedtage en foranstaltning, som finder generel anvendelse, og som tilbagekalder retten til at være undtaget visumpligten for en unionsborgers familiemedlemmer, som er i besiddelse af et gyldigt opholdskort, der er udstedt i en anden medlemsstat, da denne foranstaltning er præventiv og ikke hviler på konstateringen af et misbrug af rettigheder i en konkret sag.

C – Om protokol nr. 20

142. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1 i protokol nr. 20 gør det muligt for Det Forenede Kongerige at kræve, at tredjelandstatsborgere, der er indehavere af et opholdskort for familiemedlemmer til en unionsborger, udstedt i henhold til direktiv 2004/38, skal have et indrejsevisum, der skal være opnået forud for ankomsten til grænsen.

108 — Jeg bemærker i denne henseende, at det, hvis en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaterne, i medfør af artikel 258 TEUF og 259 TEUF påhviler Kommissionen eller en anden medlemsstat at indbringe et eventuelt traktatbrudssøgsmaal for Domstolen.

109 — Jf. i denne retning dom Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, præmis 54).

110 — Jf. i denne retning dom Dafeki (C-336/94, EU:C:1997:579, præmis 19).

143. Indledningsvis bemærkes, at den retlige værdi af protokoller ikke kan drages i tvivl. I henhold til artikel 51 TEU udgør »[p]rotokollerne og bilagene til traktaterne [...] en integrerende del af disse«. I normhierakiet har protokollerne således utvivlsomt forrang for den afledte EU-ret.

144. Protokol nr. 20 udgør nærmere bestemt en undtagelse til Det Forenede Kongerige og Irlands forpligtelser i medfør af artikel 26 TEUF og 77 TEUF, på grundlag af deres ønske om at stå uden for gennemførelsen af tredje del, afsnit V, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) vedrørende området med frihed, sikkerhed og retfærdighed inden for Unionen¹¹¹. Som Kommissionen udtrykkeligt har anført, har denne protokol imidlertid ikke til formål at tildele Det Forenede Kongerige særlige privilegier, men blev vedtaget for at tage højde for denne medlemsstats ønske om dels at opretholde grænsekontrollen med størstedelen af medlemsstaterne, dels »det fælles rejseområde« mellem Det Forenede Kongerige og Irland¹¹².

145. I henhold til artikel 2 i protokol nr. 20 kan disse to medlemsstater i denne forbindelse fortsætte med at indgå indbyrdes aftaler vedrørende personbevægelser mellem deres områder (»det fælles rejseområde«) under fuld overholdelse af rettighederne for de personer, der er nævnt i artikel 1, stk. 1, litra a), i denne protokol. Selv om Det Forenede Kongerige besluttede ikke længere at benytte sig af sin særlige mulighed for ikke at deltage i området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, ville Irland vedtage samme afgørelse, eftersom dets holdning udelukkende er begrundet i den omstændighed, at sidstnævnte medlemsstat er forbundet med Det Forenede Kongerige via nævnte »fælles rejseområde«¹¹³.

146. Artikel 3 fastsætter desuden, at de øvrige medlemsstater har ret til ved deres grænser eller ethvert andet indrejsested til deres område at foretage en sådan kontrol af personer, der ønsker at indrejse på deres område fra Det Forenede Kongerige eller fra Irland.

147. Jeg mener, at artikel 1 i protokol nr. 20 skal fortolkes i lyset af disse betragtninger.

148. For det første er det »kun« ved sine grænser, at Det Forenede Kongerige i henhold til denne artikel har ret til at foretage en sådan kontrol, som det finder nødvendig med det formål at kontrollere retten til indrejse i Det Forenede Kongerige for statsborgere fra medlemsstaterne og for personer, over for hvilke ovennævnte personer har forsørgerpligt, og som udøver rettigheder i henhold til EU-lovgivningen.

149. Ganske vist indeholder hverken EUT-traktaten eller protokol nr. 20 en definition af begrebet »grænsekontrol«. Artikel 2, nr. 9), i forordning nr. 562/2006, definerer imidlertid »grænsekontrol« som »den aktivitet, som i overensstemmelse med bestemmelserne i denne forordning og med henblik på at opfylde målene heri foretages ved en grænse udelukkende på grund af den planlagte eller faktiske grænsepassage uagtet andre hensyn, og som omfatter ind- og udrejsekontrol og grænseovervågning«. I den foreliggende sag udgør pligten til at opnå en familietilladelse tydeligvis ikke en kontrol ved grænsen, navnlig fordi der skal ansøges om familietilladelsen inden rejsen på en af Det Forenede Kongeriges diplomatiske repræsentationer i medlemsstaterne.

111 — Dette ønske gjaldt desuden Schengenreglerne som integreret i Den Europæiske Union. Jf. protokol nr. 19 om Schengenreglerne som integreret i Den Europæiske Union.

112 — Om de ændringer, som Lissabontraktaten har medført for Det Forenede Kongerige og Irlands holdning i forhold til området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, jf. navnlig C. Chevallier-Govers »Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice«, *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruylant, 2009, s. 271 ff.

113 — Jf. A.G. Toth, *The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in The European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998, s. 227-252, på s. 233; C. Guillard, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Thèse, Bruylant, 2006, s. 466.

150. Der er desuden ingen tvivl om, at direktiv 2004/38 fortsat finder anvendelse, hvilket klart fremgår af artikel 1, litra a), i protokol nr. 20, som nævner statsborgere fra medlemsstaterne og personer, over for hvilke ovennævnte personer har forsørgerpligt, og som udøver »rettigheder i henhold til EU-lovgivningen«. Deres ret til indrejse skal således vurderes i henhold til artikel 5, stk. 2, i dette direktiv, som fastsætter de dokumenter, der tillader familiemedlemmer til en unionsborger at indrejse på medlemsstaternes område.

151. Endelig i medfør af artikel 1, litra a), i protokol nr. 20 indbefatter grænsekontrollen bl.a. vurderingen af dokumenter, der gør det muligt at kontrollere, om de omhandlede personer har ret til indrejse på Det Forenede Kongeriges område. Denne kontrol giver imidlertid ikke denne medlemsstat ret til ensidigt at nægte unionsborgere og deres familiemedlemmer, der er i besiddelse af et opholdskort på grundlag af artikel 10 i direktiv 2004/38, indrejse ved generelt at kræve af dem, at de opnår og ved grænserne viser et yderligere dokument, som ikke er fastsat i EU-retten.

152. Jeg foreslår derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 1 i protokol nr. 20 ikke gør det muligt for Det Forenede Kongerige at kræve, at tredjelandsstatsborgere, der er indehavere af et opholdskort for familiemedlemmer til en unionsborger, udstedt i henhold til direktiv 2004/38, skal have et indrejsevisum, der skal være opnået forud for ankomsten til grænsen.

VI – Forslag til afgørelse

153. På baggrund af alle ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Det Forenede Kongerige), stillede spørgsmål således:

- »1) Artikel 35 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 gør det ikke muligt for en medlemsstat at vedtage en foranstaltning, som finder generel anvendelse, og som tilbagekalder retten til at være undtaget visumpligten for en unionsborgers familiemedlemmer, som er i besiddelse af et gyldigt opholdskort, der er udstedt i en anden medlemsstat, da denne foranstaltning er præventiv og ikke hviler på konstateringen af et misbrug af rettigheder i en konkret sag.
- 2) Artikel 1 i protokol nr. 20 om anvendelse af visse aspekter af artikel 26 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på Det Forenede Kongerige og på Irland gør det ikke muligt for Det Forenede Kongerige at kræve, at tredjelandsstatsborgere, der er indehavere af et opholdskort for familiemedlemmer til en unionsborger, udstedt i henhold til direktiv 2004/38, skal have et indrejsevisum, der skal være opnået forud for ankomsten til grænsen.«