



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 12 december 2013¹

Mål C-456/12

O

mot

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
och**

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
mot**

B.

Mål C-457/12

S

mot

**Minister voo Immigratie, Integratie en Asiel
och**

**Minister voo Immigratie, Integratie en Asiel
mot**

G.

(begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Nederländerna))

”Tredjelandsmedborgares rätt att uppehålla sig i den medlemsstat där den unionsmedborgare till vilken de har familjeband är medborgare och bosatt”

1. Fyra tredjelandsmedborgare (nedan kallade O, B, S och G) har familjeband till var sin nederländsk medborgare (och således unionsmedborgare) som fungerar som deras referensperson. De har alla ansökt om tillstånd att lagligen uppehålla sig i Nederländerna, där deras respektive referenspersoner är bosatta. I varje enskilt mål har referenspersonen flyttat mellan medlemsstater, antingen för att arbeta eller av andra skäl. Raad van State (Nederländerna) har i huvudsak ställt sina frågor till domstolen för att få klarhet i huruvida en sådan rörlighet räcker för att unionsrätten ska vara tillämplig och för att tredjelandsmedborgarna ska kunna åberopa härledd uppehållsrätt i Nederländerna.

2. O, B och G är gifta med varsin referensperson (nedan kallade referensperson O, referensperson B respektive referensperson G). Referensperson O och referensperson B har tidigare vistats i andra medlemsstater, men arbetade inte där. Referensperson G är anställd av en belgisk arbetsgivare och pendlar dagligen till sin arbetsplats i Belgien. G och referensperson G har gemensamma barn. S har en svärson (nedan kallad referensperson S) som är anställd av en nederländsk arbetsgivare men som tillbringar uppskattningsvis 30 procent av sin tid med att förbereda och göra affärsresor till Belgien. S tar hand om sonen till referensperson S i Nederländerna.

¹ — Originalspråk: engelska.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)

3. I artikel 20.1 FEUF fastställs unionsmedborgarskapet och anges att "[v]arje person som är medborgare i en medlemsstat" ska vara unionsmedborgare. I enlighet med artikel 20.2 a har unionsmedborgare "rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier".

4. I artikel 21.1 FEUF anges vidare att unionsmedborgarna har denna rätt "om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen".

5. Genom artikel 45 FEUF garanteras fri rörlighet för arbetstagare, vilket innebär att "all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor".

6. Enligt artikel 56 första stycket FEUF "... ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten".

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

7. Artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) har rubriken "Respekt för privatlivet och familjelivet", och i artikeln anges att "[v]ar och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv ...".

8. I artikel 51 preciseras stadgans tillämpningsområde:

"1. Bestämmelserna i denna stadga riktar sig [...] till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten. [...] medlemsstaterna ska därför respektera rättigheterna, iakta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter och under iakttagande av gränserna för unionens befogenheter enligt fördragen.

..."

Direktiv 2004/38/EG²

9. Skäl 1 i direktiv 2004/38 innehåller samma förbehåll som artikel 21.1 FEUF. I skäl 3 anges att "[u]nionsmedborgarskap bör vara grundläggande status" för medborgarna i medlemsstaterna när de utövar sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig.

10. I skäl 5 anges att "[f]ör att varje unionsmedborgare skall kunna utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier på villkor som säkerställer de objektiva villkoren frihet och värdighet bör även familjemedlemmar beviljas denna rätt, oavsett medborgarskap ...".

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, s. 77, och rättelser i EUT L 229, 2004, s. 35, EUT L 30, 2005, s. 27, EUT L 197, 2005 s. 34 och EUT L 204, 2007, s. 28 – endast den förstnämnda rättelsen har relevans för de bestämmelser som är i fråga i förevarande mål).

11. I artikel 1 a anges att det i direktiv 2004/38 bland annat fastställs ”villkor för unionsmedborgares och deras familjemedlemmars utövande av rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium”.

12. I direktiv 2004/38, avses med unionsmedborgare ”varje person som är medborgare i en medlemsstat” (artikel 2.1), en ”familjemedlem” innefattar ”make eller maka” (artikel 2.2 a) och ”de underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led, även till maken eller makan[,] ...” (artikel 2.2 d) till unionsmedborgaren. Med beteckningen mottagande medlemsstat avses ”den medlemsstat dit unionsmedborgaren reser för att utöva sin rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig”. Beteckningen ”mottagande medlemsstat” används med betydelsen ”den medlemsstat dit unionsmedborgaren reser för att utöva sin rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig” (artikel 2.3).

13. Enligt artikel 3.1 ska direktiv 2004/38 tillämpas på ”alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren”.

14. Vad gäller andra familjemedlemmar som uppfyller villkoren i artikel 3.2 a, och en partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande, anges i artikel 3.2 att ”... den mottagande medlemsstaten [ska] underlätta inresa och uppehåll ...” för dessa personer.

15. I artikel 6.1 anges att unionsmedborgare ska ha rätt att uppehålla sig på en annan medlemsstats territorium i högst tre månader. De behöver bara inneha ett giltigt identitetskort eller pass och inga andra villkor eller formaliteter får tillämpas. Enligt artikel 6.2 ska samma bestämmelser även tillämpas ”... på familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat, som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren och som innehar ett giltigt pass”.

16. En unionsmedborgare och dennes familjemedlemmar (som inte är medborgare i en medlemsstat) har också rätt att uppehålla sig i den mottagande medlemsstaten under längre tid än tre månader om unionsmedborgaren uppfyller de villkor som anges i artikel 7.1 a, 7.1 b eller 7.1 c, det vill säga om den berörda personen: a) är anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten, eller b) för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar samt har en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten, eller c) är student och har tillräckliga tillgångar och en heltäckande sjukförsäkring.

17. För att ha rätt till permanent uppehållsrätt krävs enligt artikel 16.1 att personen har uppehållit sig lagligt under en fortlöpande period av fem år i den mottagande medlemsstaten.

18. Enligt artikel 35 får medlemsstaterna neka, avbryta eller dra tillbaka en rättighet enligt direktiv 2004/38 i händelse av missbruk av rättigheter eller bedrägeri. En sådan åtgärd skall vara proportionerlig och i enlighet med de rättssäkerhetsgarantier som föreskrivs i artiklarna 30 och 31.

Nederländsk rätt

19. I 2000 års utlänningslag (Vreemdelingenwet 2000, nedan kallad Vw 2000) definieras ”gemenskapsmedborgare” som de medborgare i medlemsstaterna, respektive deras familjemedlemmar som är medborgare i tredjeland, som har rätt att resa in och att uppehålla sig i en annan medlemsstat enligt (vad som nu är) FEUF (vad gäller den förstnämnda gruppen) eller ett beslut som fattats med tillämpning av fördraget (vad gäller den sistnämnda gruppen). Sådana tredjelandsmedborgare kan av Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (ministeriet för invandring, integration och asyl, nedan kallat ministeriet) tilldelas en handling eller skriftlig förklaring som intygar att utlänningslagligen

uppehåller sig i landet. Om ministeriet har beslutat att utvisa en tredjelandsmedborgare kan ministeriet, på tredjelandsmedborgarens begäran, upphäva det beslutet. De relevanta villkoren för detta anges i utlänningsförordningen (Vreemdelingenbesluit) som innehåller tillämpningsföreskrifter för Vw 2000.

20. Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd beviljas med förbehåll för de begränsningar som är knutna till uppehållstillståndets syfte. Andra villkor kan också knytas till uppehållstillståndet.

Bakgrund

Mål C-456/12, O

Målet O

21. I oktober 2006 gifte sig O, som är nigeriansk medborgare, med referensperson O i Frankrike. Han bosatte sig i Spanien 2007. Sedan 2009 har O och referensperson O varit folkbokförda på samma adress i Spanien. I ett uppehållstillstånd som är giltigt fram till september 2014 intygas att O har uppehållsrätt i Spanien i egenskap av familjemedlem till en unionsmedborgare.

22. Två månader efter sin ankomst till Spanien återvände referensperson O emellertid till Nederländerna på grund av att hon inte kunde hitta något arbete i Spanien. Från 2007 till april 2010 tillbringade hon trots det regelbundet vissa perioder, mestadels helger, i Spanien tillsammans med O, och mottog under dessa vistelser tjänster där. Sedan den 1 juli 2010 är utlänning O folkbokförd i Nederländerna på samma adress som referensperson O.

23. Det finns inget som tyder på att referensperson O under hela denna tid avregistrerade sig ur det nederländska folkbokföringsregistret.

24. O ansökte om ett intyg om att han lagligen uppehåller sig i Nederländerna. Ministeriet avlog ansökan och fann vid omprövning inte skäl att ändra det tidigare beslutet. O överklagade detta beslut till Rechtbank 's-Gravenhage (nedan kallad Rechtbank). Genom dom av den 7 juli 2011 ogillade Rechtbank överklagandet. O överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen.

Målet B

25. B är marockansk medborgare. Från december 2002 och några år framåt var han bosatt i Nederländerna tillsammans med referensperson B. Vid den tiden var de ännu inte gifta med varandra. De verkar ha träffats under tiden B väntade på beslut angående sin asylansökan. Ansökan avslogs.

26. Efter att B hade dömts till fängelse i två månader för att ha använt ett falskt pass fattade ministeriet den 15 oktober 2005 ett beslut om utvisning av B. I januari 2006 flyttade B till Retie (Belgien) där han bodde i en lägenhet som hyrdes av referensperson B. Referensperson B förefaller ursprungligen ha bott ensam i lägenheten och B förefaller ha flyttat in hos henne efter sin frigivning från fängelset. Referensperson B var registrerad som bosatt i Retie, och hade ett uppehållstillstånd som var giltigt fram till och med den 18 maj 2011. Hon kunde emellertid inte hitta något arbete i Belgien. Hon behöll därför sitt hus i Nederländerna och bodde där under veckorna, när hon arbetade i Nederländerna, men tillbringade helgerna med B i Belgien. Under dessa helgvistelser mottog hon tjänster i Belgien. Även om paret hade tänkt gifta sig i Belgien gifte de sig i själva verket senare i Marocko.

27. I april 2007 flyttade B till Marocko eftersom han inte längre kunde uppehålla sig i Belgien efter det att de belgiska myndigheterna hade upptäckt att han hade utvisats från Nederländerna. Den 31 juli 2007 gifte sig B och referensperson B i Marocko.

28. På B:s begäran upphävde ministeriet utvisningen i mars 2009. I juni 2009 återvände B till Nederländerna för att bosätta sig där tillsammans med referensperson B.

29. Den 30 oktober 2009 avslogs B:s ansökan om ett intyg om att han lagligen uppehåller sig i Nederländerna. Ministeriet fann vid omprövning i mars 2010 varken skäl att ändra det beslutet eller beslutet att förse B:s pass med ett klistermärke med uppgift om att han inte hade rätt att utöva yrkesverksamhet.

30. B överklagade båda dessa beslut till Rechtbank, som upphävde besluten och uppmanade ministeriet att fatta nya beslut. Ministeriet fann inte heller vid förnyad omprövning i december 2011 något skäl att ändra de tidigare besluten och har överklagat Rechtbanks avgörande till den hänskjutande domstolen.

Mål C-457/12, S

Målet S

31. S är ukrainsk medborgare. Hennes svärson, referensperson S, arbetar sedan 2002 för en arbetsgivare i Nederländerna som har uppgett att referensperson S varje vecka ägnar 30 procent av sin arbetstid åt att förbereda och genomföra tjänsteresor till Belgien. Referensperson S reser till Belgien minst en dag i veckan och besöker även kunder och kongresser i andra medlemsstater. S har vidare uppgett att hon tar hand om sonen till referensperson S (sitt barnbarn).

32. S ansökte om ett intyg om att hon lagligen uppehåller sig i Nederländerna. Hennes ansökan avslogs i augusti 2009. Hon begärde omprövning av beslutet men ministeriet fann efter omprövning inte skäl att ändra det tidigare beslutet. I juni 2010 ogillade Rechtbank hennes överklagande av sistnämnda beslut. S har överklagat Rechtbanks avgörande till den hänskjutande domstolen.

Målet G

33. G är peruansk medborgare. Hon gifte sig med referensperson G i Peru 2009. Referensperson G är bosatt i Nederländerna men arbetar sedan 2003 för en arbetsgivare i Belgien. Han pendlar dagligen till och från sin arbetsplats i Belgien.

34. G:s ansökan om ett intyg om att hon lagligen uppehåller sig i Nederländerna avslogs i december 2009. Hon begärde omprövning av beslutet men ministeriet fann efter omprövning inte skäl att ändra det tidigare beslutet. I juni 2011 biföll Rechtbank G:s överklagande och ålade ministeriet att fatta ett nytt beslut avseende hennes begäran om omprövning. Ministeriet har överklagat Rechtbanks avgörande till den hänskjutande domstolen. För nämnda domstol har G uppgett att hon och hennes make har ett barn tillsammans (som är nederländsk medborgare) och att ett barn som hon hade innan hon träffade referensperson G också utgör en del av deras nya familj.

Förfarande och tolkningsfrågor

35. I mål C-456/12, O, har den hänskjutande domstolen ställt följande fråga:

”I målen [som rör B] och [O]:

- 1) Ska [...] direktiv 2004/38 [...], vad gäller villkoren för uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare, i likhet med i domstolens domar i målen C-370/90, Singh^[3] [...] och C-291/05, Eind^[4], tillämpas analogt på en unionsmedborgare som återvänder till den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare, efter att denne inom ramen för artikel 21.1 FEUF, samt som mottagare av tjänster i den mening som avses i artikel 56 FEUF, har vistats i en annan medlemsstat?
- 2) För det fall den första frågan ska besvaras jakande, krävs det att unionsmedborgarens vistelse i en annan medlemsstat ska ha haft en viss minimilängd för att den tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till unionsmedborgaren, efter det att unionsmedborgaren har återvänt till den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare, ska ges uppehållsrätt i den medlemsstaten?
- 3) För det fall den andra frågan ska besvaras jakande, kan dessa villkor uppfyllas även om det inte rör sig om en fortlöpande vistelse, utan om ett antal kortare vistelser som har skett med en viss frekvens, såsom veckovisa helgvistelser eller regelbundna besök?

I [det] mål [som rör B]:

- 4) Förlorar en familjemedlem som är medborgare i ett tredje land, under omständigheter som de i förevarande mål, sin möjlighet att göra anspråk på uppehållsrätt med stöd av unionsrätten till följd av den tid som förflyter mellan den tidpunkt då unionsmedborgaren återvänder till den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare och den tidpunkt då den familjemedlem som är medborgare i ett tredje land reser in i denna medlemsstat?”

36. I mål C-457/12, S, har den hänskjutande domstolen ställt följande frågor:

”1) I [det] mål [som rör G]:

Kan en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare som är bosatt i den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare, men som arbetar i en annan medlemsstat för en arbetsgivare i den medlemsstaten, under omständigheter som de i förevarande mål, åberopa en uppehållsrätt med stöd av unionsrätten?

2) I [det] mål [som rör S]:

Kan en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare som är bosatt i den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare, men som i sitt arbete för en arbetsgivare i den medlemsstaten reser fram och tillbaka till en annan medlemsstat, under omständigheter som de i förevarande mål, åberopa en uppehållsrätt med stöd av unionsrätten?”

3 — Dom av den 7 juli 1992, REG 1992, s. I-4265; svensk specialutgåva, volym 13, s. 19.

4 — Dom av den 11 december 2007, REG 2007, s. I-10719.

37. O, B, G, den belgiska regeringen, den tjeckiska regeringen, den danska regeringen, den estniska regeringen, den tyska regeringen, den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen har inkommit med yttranden. Med undantag av G, den belgiska regeringen och den estniska regeringen yttrade sig samma parter, samt S, även muntligen vid den gemensamma förhandling som hölls den 25 juni 2013.

Bedömning

Inledande anmärkningar

38. Invandringslagstiftningen faller i princip inom medlemsstaternas behörighet. Såvitt det inte rör sig om en situation där en medborgare i en medlemsstat (som, genom sitt nationella medborgarskap, även är unionsmedborgare) har korsat gränsen till en annan medlemsstat, eller utsikterna är stora att han kommer att göra detta, berörs i princip inte den rätt till fri rörlighet som föreskrivs i unionsrätten och endast den nationella lagstiftningen ska tillämpas.⁵

39. Även om de är stadigvarande bosatta i Nederländerna har var och en av referenspersonerna (som alla är unionsmedborgare) i förevarande mål dock just korsat en sådan gräns. De har gjort detta i arbets- eller fritidssyfte, de har (förmodligen) utövat sin ”passiva” rätt att motta tjänster där, de har, i vissa fall, skrivit in sig i folkbokföringsregistret i en annan medlemsstat samtidigt som de har behållit någon form av bosättning i den medlemsstat som de är medborgare i (ursprungsmedlemsstaten). Följer det härav att unionsrätten i så fall utgör hinder för ursprungsmedlemsstatens möjligheter att bevilja uppehållsrätt till deras familjemedlemmar (O, B, S och G)? Har det för svaret på denna fråga dessutom betydelse huruvida referenspersonen och familjemedlemmen inte återvänder till referenspersonens ursprungsmedlemsstat vid samma tidpunkt?

40. Det är uppenbart att referenspersonerna själva i enlighet med internationell rätt åtnjuter en ovillkorlig uppehållsrätt i sin egen ursprungsmedlemsstat.⁶ Medlemsstaten hindras ”från att utvisa sina medborgare från sitt territorium, vägra dem att vistas där eller villkora sådan vistelse”.⁷ Medborgares inresa och uppehåll i sina egna ursprungsländer omfattas emellertid också av unionsrätten i den mån detta är nödvändigt för att säkerställa den ändamålsenliga verkan av deras grundläggande rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten.⁸

41. Den härledda uppehållsrätt som O, B, S och G eventuellt åtnjuter enligt unionsrätten är inte absolut, utan regleras av de villkor och begränsningar som fastställs i unionsrätten. Därför kommer jag först att behandla själva uppehållsrätten, och därefter de villkor och begränsningar som reglerar utövandet av denna rätt.

42. Domstolen har inte tillgång till några handlingar av vilka det framgår huruvida O, B, S och G skulle kunna åberopa uppehållsrätt enligt nationell rätt, inklusive den del av den nationella rätten som skyddar grundläggande rättigheter, eller enligt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen). Rent objektivt finns det inget som tyder på att något av giftermålen var skenäktenskap eller att det har förekommit bedrägeri eller missbruk av rättigheter. Upptäckten av ett sådant missbruk skulle under andra

5 — Alla medborgarskapsrättigheter är naturligtvis inte beroende av huruvida en unionsmedborgare har korsat en gräns. Se, exempelvis, artikel 20.2 d FEUF. Dessutom finns det undantagsfall där unionsmedborgare, även om de inte har rört sig mellan medlemsstater, skulle berövas ”möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger dem” utan en härledd uppehållsrätt för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, se den rättspraxis som bygger på domarna i målen Ruiz Zambrano, McCarthy och Dereci, vilken diskuteras nedan i punkterna 52–66.

6 — Dom av den 5 maj 2011 i mål C-434/09, McCarthy (REU 2011, s. I-3375), punkterna 29 och 34 och där angiven rättspraxis.

7 — Domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkt 29 och där angiven rättspraxis.

8 — Se, exempelvis, domen i målet Singh (ovan fotnot 3), punkt 23 och domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkt 32.

omständigheter mycket väl kunna göra det onödigt att gå vidare med prövningen av huruvida det vore berättigat att neka härledd uppehållsrätt. Enbart den omständigheten att både O och referensperson O, och B och referensperson B, vid en viss tidpunkt har flyttat till en annan medlemsstat där de garanteras en mer förmånlig behandling utgör emellertid inte missbruk av rättigheter.⁹

43. I förevarande förslag till avgörande riktar jag in mig på huruvida besluten att neka tredjelandsmedborgare som O, B, S och G rätt att lagligen uppehålla sig i den berörda medlemsstaten begränsar deras referenspersoners rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. Varje sådan begränsning kan, rent teoretiskt, vara motiverad. Domstolen saknar dock de uppgifter som krävs för att kunna bedöma en sådan motivering.

44. Slutligen kommer jag i förevarande förslag till avgörande att försöka mig på att på ett sammanhängande sätt förklara vilka parametrar som gör att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare, som har utövat sin rätt att fritt röra sig utan att nödvändigtvis (fullt ut) ha utövat sin rätt att uppehålla sig i en annan medlemsstat, kan åberopa härledd uppehållsrätt i unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat. En tillfällig lösning som inte klart identifierar de relevanta parametrarna skulle, även om den kan hjälpa den nationella domstolen att avgöra just dessa fyra enskilda mål, riskera att öka den osäkerhet som för närvarande råder bland rättstillämpare och nationella handläggare om huruvida unionsrätten kan (eller inte kan) åberopas. Dessutom finns det en betydande risk för att domstolen tvingas upprepa samma arbete när nationella domstolar genom ytterligare förhandsavgöranden vill få mer klarhet i frågan.

Varför det finns härledd uppehållsrätt

45. Artiklarna 20.2 a FEUF och 21.1 FEUF ger unionsmedborgare rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. Kärnan i denna rättighet är unionsmedborgarnas valfrihet att flytta, eller att inte flytta, till en annan medlemsstat och/eller att uppehålla sig där. Såvitt de inte är motiverade strider åtgärder som begränsar den valfriheten mot nämnda artiklar.

46. Tanken att familjemedlemmar till sådana unionsmedborgare bör ha härledd uppehållsrätt utvecklades inom ramen för de ekonomiska aspekterna av den fria rörligheten, särskilt fri rörlighet för migrerande arbetstagare. Arbetstagare är människor, inte maskiner. De ska inte behöva lämna sin make eller maka eller andra familjemedlemmar, särskilt sådana som är beroende av dem för sin försörjning, för att bli migrerande arbetstagare i en annan medlemsstat.¹⁰ Om de inte kan ta med sig sin familj när de flyttar kan de avskräckas från att utöva sin rätt att fritt röra sig inom medlemsstaterna. Familjens närvaro kan dessutom bidra till att integrera en arbetstagare i den mottagande medlemsstaten och således bidra till en framgångsrik fri rörlighet.¹¹

47. I och med införandet av unionsmedborgarskapet i Maastrichtfördraget förvärvade medborgare i en medlemsstat rätten att fritt röra sig och uppehålla sig i en annan medlemsstat oberoende av den ekonomiska rörelsefriheten och således bedrivandet av en ekonomisk verksamhet.¹² Precis som med migrerande arbetstagare kan unionsmedborgarnas möjlighet att verkligen utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig vara beroende av huruvida vissa familjemedlemmar, med stöd av unionsrätten, har rätt att följa med unionsmedborgarna eller ansluta sig till dem i det land de har flyttat till eller är

9 — Se, exempelvis, dom av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607, punkterna 55 och 56).

10 — Se, exempelvis, skäl 5 i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33) och skäl 6 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen (EUT L 141, s. 1).

11 — Se, exempelvis, dom av den 17 april 1986 i mål 59/85, Reed (REG 1986, s. 1283; svensk specialutgåva, volym 8, s. 517), punkt 28 (där domstolen konstaterade detta avseende en sambos närvaro).

12 — Se, exempelvis, dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091), punkt 83.

bosatta. Domstolen konstaterade nyligen att "[s]yftet med och skälen till nämnda härledda rättigheter har sin grund i att det skulle undergräva unionsmedborgarens fria rörlighet att inte erkänna nämnda rättigheter, eftersom denne då skulle avskräckas från att utöva sin rätt till inresa och uppehåll i den mottagande medlemsstaten".¹³

48. Enligt direktiv 2004/38 är förekomsten av härledd uppehållsrätt inte längre avhängigt av att en unionsmedborgare kan visa vilka effekter ett beslut att neka familjemedlemmar uppehållsrätt skulle få för unionsmedborgaren.¹⁴ Motivet för att bevilja härledd uppehållsrätt speglas emellertid i den omständigheten att denna form av uppehållsrätt endast är automatiskt tillgänglig för en viss grupp av familjemedlemmar, vars möjligheter att ansluta sig till eller följa med unionsmedborgaren enligt lagstiftaren kan antas påverka unionsmedborgarens val, och följaktligen utövandet av vederbörandes rätt att fritt röra sig. I direktiv 2004/38 görs därför en åtskillnad mellan kärnfamiljen och andra familjemedlemmar. Kärnfamiljen består av unionsmedborgaren, dennes make eller maka eller registrerade partner och deras släktingar i rakt nedstigande led som är under 21 år. Dessa familjemedlemmar har automatiskt härledd uppehållsrätt. Unionsmedborgares (eller deras makars eller registrerade partners) släktingar i rakt nedstigande led som är över 21 år, och släktingar i rakt uppstigande led, måste emellertid uppfylla rekvisitet om att vara underhållsberättigade för att kunna återropa härledd uppehållsrätt. Inom ramen för direktiv 2004/38 har nämnda rekvisit enligt min mening getts en restriktiv tolkning som inriktats på huruvida en unionsmedborgare bistår dessa familjemedlemmar materiellt.¹⁵ Även om en sådan beroendeställning kan ge en tydlig indikation på i hur hög grad nekad uppehållsrätt hindrar utövandet av rätten att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna, har domstolen – *utanför* ramen för direktiv 2004/38 – konstaterat att beroendeställningen även kan mätas med hjälp av indikatorer som påvisar rättsliga eller känslomässiga band med unionsmedborgaren eller att det kan vara relevant att en unionsmedborgare för sin försörjning är beroende av en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem (omvänd beroendeställning).¹⁶

Vad ger rätt att återropa härledd uppehållsrätt?

49. Enligt gällande unionslagstiftning existerar i princip uppehållsrätt endast när sådan är nödvändig för att garantera att alla unionsmedborgare verkligen kan utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna. Den första frågan att ta ställning till är därför huruvida en viss unionsmedborgare har utövat eller utövar sådana rättigheter. Om så är fallet är följdfrågan huruvida ett beslut att neka familjemedlemmar uppehållsrätt innebär att utövandet av dessa rättigheter begränsas (utan begränsningar saknas skäl att bevilja härledd uppehållsrätt). Den hänskjutande domstolen har därför ställt sina frågor för att i huvudsak få klarhet i huruvida det före prövningen av denna andra fråga är nödvändigt att göra en bedömning hur och i vilken omfattning en unionsmedborgare utövar sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna.

50. Enligt domstolens fasta praxis kan de bestämmelser som reglerar rätten till fri rörlighet inte tillämpas i situationer som inte har någon som helst anknytning till de förhållanden som avses i unionsrätten.¹⁷ En rent hypotetisk möjlighet att utöva sådana rättigheter, eller att utövandet av sådana rättigheter hindras, räcker inte för att fastställa den anknytning som krävs.¹⁸

13 — Dom av den 8 maj 2013 i mål C-87/12, Ymeraga m.fl, punkt 35. Se även dom av den 10 oktober 2013 i mål C-86/12, Alokpa m.fl., punkt 22.

14 — Se, exempelvis, skäl 6 i direktiv 2004/38.

15 — Dom av den 9 januari 2007 i mål C-1/05, Jia (REG 2007, s. I-0001), punkterna 35 och 37 och där angiven rättspraxis. Se även, exempelvis, dom av den 5 september 2012 i mål C-83/11, Rahman m.fl., punkterna 32, 33 och 35, och domen i målet Alokpa m.fl. (ovan fotnot 13), punkt 25 och där angiven rättspraxis.

16 — Se dom av den 6 december 2011 i de förenade målen C-356/11 och C-357/11, O. och S., punkt 56. I domen i målet Carpenter (dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00 (REG 2002, s. I-6279)), förefaller domstolen ha funnit det relevant att Peter Carpenter var beroende av sin fru eftersom hon tog hand om hans barn. Se mer nedan i punkterna 113–117.

17 — Se, exempelvis, dom av den 5 juni 1997 i de förenade målen C-64/96 och C-65/96, Uecker och Jacquet (REG 1997, s. I-3171), punkt 16 och där angiven rättspraxis.

18 — Dom av den 8 november 2012 i mål C-40/11, Iida, punkt 77 och där angiven rättspraxis.

51. I förevarande mål har referenspersonerna O, B, S och G alla utövat sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 21 FEUF. Dessa mål rör därför inte rent inhemska situationer som faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. Detta räcker för att unionsrätten ska vara tillämplig, men leder inte automatiskt till slutsatsen att O, B, S, och G med stöd av unionsrätten kan göra anspråk på rätten att lagligen uppehålla sig i Nederländerna.

52. Just på grund av att det har förekommit gränsöverskridande rörlighet skiljer sig de faktiska omständigheterna i dessa mål från de omständigheter som var i fråga i domarna i mål som Ruiz Zambrano, McCarthy eller Dereci, i vilka domstolen slog fast att det i undantagsfall kan finnas en anknytning till unionsrätten och en grund för härledd uppehållsrätt enligt artikel 20 FEUF utan att rätten att fritt resa in i, eller uppehålla sig i, en annan (mottagande) medlemsstat, om en nationell åtgärd tvingar unionsmedborgare (däribland en medlemsstats egna medborgare) att lämna unionen.¹⁹ I domen i det ovannämnda målet Iida, som rörde två tyska medborgare som hade flyttat till Österrike och en japansk medborgare som ansökte om uppehållstillstånd i Tyskland, klargjorde domstolen vidare att detta test inte var begränsat till situationer som annars skulle klassificeras som rent inhemska.²⁰

53. I domen i det ovannämnda målet Ruiz Zambrano medgav domstolen att beslutet att neka fadern uppehållsrätt skulle beröva hans minderåriga barn möjligheten att ”faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som tillkommer dem i kraft av unionsmedborgarskapet”.²¹ Framför allt skulle de tvingas lämna Europeiska unionen.²²

54. I domen i det ovannämnda målet McCarthy kom domstolen till motsatt slutsats vad gäller Shirley McCarthys jamaicanska man. Shirley McCarthy hade dubbelt medborgarskap och var medborgare både i Förenade kungariket och i Irland, men hade alltid varit bosatt i Förenade kungariket. Hon hade aldrig besökt Irland eller utövat rätten till fri rörlighet någon annanstans i Europeiska unionen, och hade ansökt om det irländska pass som hon hade laglig rätt till först efter det att hon hade gift sig med en jamaicansk medborgare i Förenade kungariket. Hon gjorde inte heller gällande att hon var arbetstagare, egenföretagare eller att hon hade tillräckliga tillgångar för att klara sitt uppehälle. Hennes man nekades att uppehålla sig i Förenade kungariket som make till en unionsmedborgare som är medborgare i ett annat land än Förenade kungariket.²³

55. I domen i det ovannämnda målet Dereci förtydligade domstolen att ett beslut som berövar någon möjligheten att åtnjuta kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger honom eller henne hänför sig till en situation ”som kännetecknas av att unionsmedborgaren i praktiken blir tvungen att lämna inte bara den medlemsstat där han eller hon är medborgare utan hela unionen”.²⁴ Domstolen beskrev denna situation som ett undantagsfall.²⁵ Domstolen redogjorde inte närmare för

19 — Detta verkar vara den kumulativa effekten av domen av den 8 mars 2011 i mål C-34/09, Ruiz Zambrano (REU 2011, s. I-1177), punkterna 43 och 44, domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkterna 46 och 47 och där angiven rättspraxis och domen av den 15 november 2011 i mål C-256/11, Dereci (REU 2011, s. I-11315), punkt 66.

20 — Domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 76. Domstolen grundade sin slutsats på den omständigheten att Yoshikazu Iida inte hade begärt uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten (Österrike), där hans hustru och dotter bor, utan i deras ursprungsmedlemsstat (Tyskland), att de två unionsmedborgarna inte hade avskräckts från att utöva sin rätt till fri rörlighet samt att Yoshikazu Iida med stöd av såväl internationell rätt som unionsrätten i vilket fall som helst själv hade vissa uppehållsrättigheter (se punkterna 73–75).

21 — Domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 19), punkt 42 och där angiven rättspraxis. Domstolen medgav således att Gerardo Ruiz Zambrano, som är colombiansk medborgare, kunde uppehålla sig i den medlemsstat där hans minderåriga barn, som är unionsmedborgare (men som aldrig hade lämnat den medlemsstat där de föddes) och för vilka han är underhållsskyldig, är medborgare och bosatta.

22 — Domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 19), punkt 44. I samband med detta nämndes inget om grundläggande rättigheter. Inte heller förklarades motivet till denna slutsats.

23 — Domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6). Även om det är uppenbart att Shirley McCarthy tack vare sitt medborgarskap själv hade rätt att uppehålla sig i Förenade kungariket, och att beslutet att neka hennes man härledd uppehållsrätt som en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare inte berövade henne rätten till fri rörlighet enligt unionsrätten, är det mindre uppenbart huruvida domstolen i detalj övervägde konsekvenserna av ett sådant beslut. Kanske var det korta svaret helt enkelt ”Unionsrätten är inte till någon hjälp, pröva Europakonventionen”.

24 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 66. Murat Dereci var en turkisk medborgare vars fru och barn var österrikiska medborgare och alltid hade varit bosatta i Österrike, och det var i det landet han ville bo tillsammans med dem.

25 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 67. Se även domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 71.

vilka omständigheter som kan medföra att en unionsmedborgare tvingas lämna unionen, även om den konstaterade att den omständigheten att "en medborgare i en medlemsstat kan finna det önskvärt – av ekonomiska skäl eller för fortsatt familjesammanhållning – att medlemmar av hans familj [...] kan bosätta sig tillsammans med honom eller henne i unionen" inte i sig räckte för att unionsmedborgaren ska anses tvungen att lämna unionen om en sådan rätt inte beviljas.²⁶ Av sådana faktorer framgår det följaktligen inte att ett beslut att neka uppehållsrätt leder till att en person förlorar de rättigheter som unionsmedborgarskapet ger vederbörande, det vill säga rätten att fritt röra sig och uppehålla sig i Europeiska unionen.

56. Domstolen uteslöt emellertid inte möjligheten att en nationell domstol, frånsett artiklarna 20 och 21 FEUF, kan kräva att uppehållstillstånd ska beviljas med stöd av artikel 7 i stadgan (för situationer som omfattas av unionsrätten) eller artikel 8.1 i Europakonventionen (för övriga situationer).²⁷ När en tredjelandsmedborgare med familjeband till en unionsmedborgare således inte kan härleda uppehållsrätt med stöd av unionsrätten, kan en nationell domstol ändå slå fast att rätten till respekt för familjelivet gör att vederbörande ska beviljas uppehållsrätt, såvitt situationen omfattas av unionsrätten.

57. Det resonemanget är förvånande eftersom det kan tolkas som att domstolen har erkänt tre grunder enligt unionsrätten: rätten till respekt för familjelivet (artikel 7 i stadgan), rätten att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna (artikel 21.1 FEUF) och beslut som berövar någon möjligheten att åtnjuta kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger honom eller henne (artikel 20 FEUF). För situationer som inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde kan den rätt till respekt för privatlivet och familjelivet som anges i artikel 8 i Europakonventionen utgöra en annan rättslig grund för att bevilja uppehållsrätt.

58. Om detta var domstolens avsikt återstår det för domstolen att lösa huruvida samma test ska tillämpas för att fastställa såväl huruvida unionsrätten (och således även stadgan) är tillämplig som huruvida en åtgärd som berövar någon rätten till uppehåll strider mot artikel 20 FEUF eller artikel 21 FEUF.²⁸

59. Jag anser emellertid att det går att använda en helt annan strategi.

60. Stadgan är tillämplig endast om unionsrätten är tillämplig.²⁹ Stadgan är således inte tillämplig på en rent inhemsk situation, såsom den som är i fråga i målet McCarthy, i vilken en unionsmedborgare varken hindras att utöva sin rätt till fri rörlighet och uppehåll enligt unionsrätten eller berövas den separata grundläggande rättighet som ställningen som unionsmedborgare enligt den nationella åtgärden ger honom eller henne att uppehålla sig i unionen. I sådana situationer är det uppenbart att stadgan, åtminstone för närvarande, inte ger några "fristående" grundläggande rättigheter – det vill säga rättigheter som inte har någon anknytning till unionsrätten – som sedan kan användas för att tvinga en nationell domstol att inte tillämpa en nationell åtgärd som hindrar unionsmedborgaren att organisera sitt familjeliv på det sätt som vederbörande önskar.

26 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 68.

27 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 72.

28 — I domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 80, förefaller domstolen ha använt ett något annorlunda test (nämligen huruvida Yoshikazu Iida hade rätt till en viss förmån enligt unionsrätten (ett uppehållskort)) för att avgöra huruvida tillämpning av en nationell lag som genomför unionsrätten kan anses utgöra en situation som omfattas av unionsrätten.

29 — Artikel 51 i stadgan. Se även dom av den 7 maj 2013 i mål C-617/10, Åkerberg Fransson, punkterna 20 och 21, vilken nyligen fastställdes genom dom av den 25 september 2013 i mål C-418/11, TEXTDATA Software, punkt 73.

61. Om det inte går att ange en relevant bestämmelse i unionsrätten går det följaktligen inte heller att åberopa stadgan. Med andra ord är det nödvändigt att betrakta en rättssituation genom stadgans ögon om, *men endast om*, en unionsrättslig bestämmelse ålägger medlemsstaten en positiv eller negativ skyldighet (oavsett om den skyldigheten uppkommer genom fördragen eller sekundärlagstiftningen).³⁰

62. Om, och i den mån, en viss situation rörande unionsmedborgare faller inom unionsrättens tillämpningsområde måste tolkningen av varje unionsrättslig bestämmelse som beviljar rättigheter till dessa medborgare (och som således ålägger medlemsstaterna en skyldighet att respektera dessa rättigheter) vara förenlig med alla relevanta rättigheter i stadgan,³¹ inklusive den rätt till respekt för privatlivet och familjelivet som garanteras i artikel 7 i stadgan. Det innebär att en bestämmelse som artikel 20 FEUF eller artikel 21 FEUF inte utgör en separat grund för uppehållsstatus, skild från artikel 7 i stadgan. Överväganden beträffande utövandet av rätten till familjeliv genomsyrar snarare de rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet. Medborgarskapsrättigheterna enligt artikel 20 FEUF eller artikel 21 FEUF ska därför tolkas på ett sätt som garanterar att deras materiella innehåll är förenligt med stadgan. Denna process måste skiljas från frågan huruvida en motivering för att inskränka de rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet, *när dessa utlöses*, är förenlig med stadgan.³²

63. En sådan strategi "utvidgar" inte unionsrättens tillämpningsområde och bryter därmed inte mot åtskillnaden mellan unionens och medlemsstaternas behörigheter. Strategin respekterar enbart den övergripande principen att, i en union som bygger på rättsstatsprincipen, beaktas all relevant lagstiftning (naturligtvis inklusive relevant primärlagstiftning i form av stadgan) vid tolkningen av en bestämmelse i den rättsordningen. Mot den bakgrunden utgör ett vederbörligt beaktande av stadgan inte mer av ett "intrång" eller visar inte större "brist på respekt för medlemsstaternas behörighet" än en korrekt tolkning av fri rörlighet för varor.

64. Om stadgan är tillämplig och de rättigheter som fastställs i stadgan motsvaras av de rättigheter som redan omfattas av Europakonventionen, ska unionsrätten tolkas med beaktande av rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen).³³ Artikel 7 i stadgan, om respekt för rätten till familjeliv, är en sådan artikel, och Europadomstolen har en omfattande rättspraxis som förtydligar hur Europakonventionens motsvarighet till denna artikel (artikel 8 i Europakonventionen) ska tolkas.

65. Av detta följer att det inte borde ha någon betydelse huruvida en eventuell prövning avser huruvida tillämpningen av en viss nationell åtgärd åsidosätter artikel 7 i stadgan eller artikel 8 i Europakonventionen. Den tillämpade standarden (oavsett om det är den nationella domstolen, EU-domstolen eller Europadomstolen som tillämpar den) är per definition densamma. Därför borde det vara omöjligt att komma fram till olika slutsatser beroende på vilken artikel som åberopas (i förevarande förslag till avgörande bortser jag från den tredje komponenten i trilogin av rättskällor avseende skydd av grundläggande rättigheter, nämligen nationell konstitutionell rätt, som naturligtvis också kan vara relevant).

30 — Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i mål C-390/12, Pflieger, punkterna 35–47, som bygger på det material som finns i Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (EUT C 303, 2007, s. 17). Enligt artikel 52.7 i stadgan ska dessa förklaringar "vederbörligen beaktas" av unionens och medlemsstaternas domstolar. Inom ramen för unionsmedborgarskapet skulle ett exempel på en negativ skyldighet kunna vara att en medlemsstat åberopar den allmänna ordningen som motiv för att inte bevilja uppehållsrätt till en unionsmedborgare som är medborgare i en annan medlemsstat. Medlemsstatens handlingsutrymme begränsas här av de unionsrättsliga kraven, som den inte får bryta mot. För en mer ingående diskussion, se punkterna 151 och 177 i mitt förslag till avgörande i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 19).

31 — Se, exempelvis, domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 77 och där angiven rättspraxis.

32 — Se, exempelvis, domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkt 40 och där angiven rättspraxis.

33 — I artikel 52.3 i stadgan anges följande: "I den mån som denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av [Europakonventionen] ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen". Det anges emellertid även att artikel 52.3 inte "hindrar [...] unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd".

66. Inom ramen för en begäran om förhandsavgörande är det naturligtvis nödvändigt för EU-domstolen att ge den nationella domstolen tydlig vägledning om under vilka omständigheter en unionsrättighet, tolkad på ett sätt som är förenligt med stadgan, utlöses. På samma sätt ankommer det på den nationella domstolen – som ensam är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna – att göra den detaljerade bedömning av de faktiska omständigheterna som krävs för att, grundat på nämnda vägledning, fastställa huruvida en unionsrättighet som har tolkats på ett sådant sätt utgör hinder för att tillämpa den nationella åtgärden. Vid en sådan bedömning kommer den nationella domstolen att göra samma prövning av invändningen att ”annars kommer mina grundläggande rättigheter att kränkas” som den med stöd av Europadomstolens rättspraxis brukar göra av liknande invändningar som anförts med stöd av Europakonventionen.

Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt

67. Direktiv 2004/38 genomför artikel 2.1 FEUF. Syftet med direktivet är att underlätta utövandet av unionsmedborgarnas primära, individuella rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium.³⁴ Enligt fast rättspraxis får sådan sekundärlagstiftning inte tolkas restriktivt³⁵ och dess bestämmelser ”får under alla förhållanden inte fräntas sin ändamålsenliga verkan”.³⁶

68. Endast en förmånstagare i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2004/38 kan åberopa rätten till fri rörlighet och uppehåll enligt det direktivet. Enligt definitionen i artikel 2.2³⁷ kan en sådan förmånstagare vara unionsmedborgare eller familjemedlem.

69. Även om direktiv 2004/38 är tillämpligt på klart avgränsade kategorier familjemedlemmar till en unionsmedborgare, oberoende av huruvida de dessförinnan lagligen har uppehållit sig i en annan medlemsstat³⁸ eller överhuvudtaget lagligen har uppehållit sig i en medlemsstat,³⁹ har dessa emellertid förvärvat sina rättigheter genom sin ställning som familjemedlemmar till den berörda unionsmedborgaren.⁴⁰ I så mening rör det sig om automatiska rättigheter.⁴¹ För det första måste därför den unionsmedborgare som de har familjeband till omfattas av det direktivets tillämpningsområde.

70. Det är ostridigt att O, B, S och G är familjemedlemmar i den mening som avses i artikel 2.2 a och 2.2 d i direktiv 2004/38. Den omständigheten räcker. Det är inte nödvändigt att visa att den rätt till fri rörlighet och uppehåll som unionsmedborgarskapet ger i annat fall skulle begränsas för att fastställa att de, om direktiv 2004/38 är tillämpligt, skulle ha en härledd uppehållsrätt.⁴² Det är inte där problemet ligger.

34 — Domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkt 28 och där angiven rättspraxis.

35 — Domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkt 43 och där angiven rättspraxis.

36 — Dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl. (REG 2008, s. I-6241), punkt 84 (som citerar domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkt 43).

37 — Artikel 3.1 i direktiv 2004/38.

38 — Domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 36), punkterna 54, 58, 70 and 80. I domen i målet Metock m.fl. omprövade domstolen sin ståndpunkt i målet Akrich (ovan fotnot 9), se punkt 58. Domen i målet Metock meddelades efter B:s beslut att flytta till Marocko men i alla händelser var B och referensperson B vid denna tidpunkt ännu inte gifta. Se ovan punkt 27.

39 — Domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 36), punkt 49.

40 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 55 och, vad gäller makar, domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkt 42 och där angiven rättspraxis.

41 — Se även punkt 48 ovan.

42 — Domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 57. Se även punkt 48 ovan.

71. Artikel 3.1 är tillämplig på samtliga unionsmedborgare som "reser till *eller* uppehåller sig i" en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i.⁴³ För att lagligen uppehålla sig i en medlemsstat måste en unionsmedborgare som inte är född där vanligtvis flytta.⁴⁴ Däremot är det möjligt att resa in i en medlemsstat utan att lagligen uppehålla sig där. I så fall utövar unionsmedborgaren enbart sin rätt till fri rörlighet och inte sin rätt att uppehålla sig i medlemsstaten. Endast de bestämmelser i direktiv 2004/38 som rör in- och utresa är i så fall tillämpliga. Tredjelandmedborgare kan i princip inte med stöd av unionsrätten åberopa en rätt att lagligen uppehålla sig i en medlemsstat om deras familjemedlem, som är unionsmedborgare, inte själv gör anspråk på uppehållsrätt och inte själv är bosatt där.⁴⁵ Det finns således vissa paralleller mellan unionsmedborgares rättigheter och familjemedlemmars härledda rättigheter.

72. Tredjelandmedborgare kan åberopa en sådan rättighet i den mottagande medlemsstaten endast när de följer med eller ansluter sig till en unionsmedborgare som utövar sin rätt att uppehålla sig i det landet i enlighet med villkoren i artiklarna 6.1, 7.1 eller 16.1 i direktiv 2004/38.⁴⁶

73. I artikel 3.1 görs ingen åtskillnad utifrån syftet med utövandet av rätten till fri rörlighet och uppehåll, även om de villkor under vilka det går att utöva rätten att uppehålla sig längre än tre månader i en medlemsstat skiljer sig åt beroende på huruvida unionsmedborgaren är, eller inte är, en migrerande arbetstagare eller egenföretagare.⁴⁷ Själva syftet med direktiv 2004/38 var i själva verket att åtgärda den planlösa hanteringen av dessa rättigheter och samtidigt behålla vissa förmåner för de unionsmedborgare som bedriver ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat.⁴⁸

74. Genom formuleringarna i artikel 3.1 begränsas likväl tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 genom att det anges i vilken riktning unionsmedborgarna rör sig nämligen till en annan medlemsstat än den där de själva är medborgare.⁴⁹

75. I princip kan unionsmedborgare som alltid har varit bosatta i sin ursprungsmedlemsstat, och aldrig har utövat sin rätt till fri rörlighet, därför inte vara förmånstagare i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2004/38.⁵⁰ Följaktligen kan inte heller deras familjemedlemmar vara förmånstagare.

76. Ingen av referenspersonerna i förevarande mål befinner sig i den situationen. De har samtliga utövat åtminstone någon aspekt av rätten till fri rörlighet.

77. Rent generellt kan unionsmedborgare resa i tre riktningar inom EU: i) mellan två medlemsstater i vilka de inte är medborgare, ii) från sin ursprungsmedlemsstat till en annan medlemsstat och iii) från en annan medlemsstat tillbaka till sin ursprungsmedlemsstat. Naturligtvis kan de röra sig flera gånger och i olika riktningar.⁵¹

43 — Min kursivering.

44 — Det är även möjligt att vara född i medlemsstat A och aldrig ha lämnat denna stat men ändå aldrig vara medborgare i något annat land än medlemsstat B (se, exempelvis, Catherine Zhu i domen av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen, REG 2004, s. I-9925), men det är en ovanlig situation.

45 — Jämför, exempelvis, med domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 64.

46 — Domen i målet Iida (ovan fotnot 18) och där angiven rättspraxis. I punkt 51 (och där angiven rättspraxis) konstaterade domstolen att härledd rätt att resa in och uppehålla sig i en medlemsstat beror på om unionsmedborgare "har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att bosätta sig i en annan medlemsstat än den där de själva är medborgare".

47 — Se artiklarna 7.1 och 16.1 i direktiv 2004/38.

48 — Se skäl 4 och 19 direktiv 2004/38.

49 — Trots lydelsen av artikel 3.1 finner jag ingen anledning att tro att lagstiftaren avsåg att utöka tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 genom att i andra bestämmelser hänvisa till "den mottagande medlemsstaten" eller "en annan medlemsstat".

50 — Se domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkt 39, och domen i målet Dereci (ovan fotnot 19), punkt 54.

51 — Mer specifika omständigheter kan exempelvis inbegripa unionsmedborgare med dubbelt medborgarskap som reser mellan de medlemsstater där de är medborgare.

78. Det är uppenbart att direktiv 2004/38 är tillämpligt på den form av rörlighet som avses i i) och ii). Under dessa omständigheter har en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare (som har flyttat i endera riktningen) rätt att följa med eller ansluta sig till unionsmedborgaren.⁵²

79. Direktivet är emellertid inte tillämpligt på den form av rörlighet som avses i iii). Även om jag är övertygad om att en unionsmedborgare (och alla familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare) som har åtnjutit skydd enligt direktiv 2004/38 inte bör förlora det skyddet vid en andra flytt,⁵³ skulle en annan slutsats avseende tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 i sig innebära att man bortser från uttrycket ”en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i” i artikel 3.1.

80. Tilläggas kan att om lagstiftarens avsikt hade varit att den rörlighet som avses i iii) skulle omfattas av direktivet hade lagstiftaren varit tvungen att ange detaljerade bestämmelser för hur en sådan situation ska behandlas. Sådana bestämmelser saknas dock.

81. I domen i det ovannämnda målet McCarthy fastslog domstolen mer eller mindre uttryckligen detta när den konstaterade att ”direktiv 2004/38 [inte kan] vara tillämpligt på en unionsmedborgare som har en ovillkorlig uppehållsrätt på grund av att han eller hon uppehåller sig i den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare”.⁵⁴ Vad gäller målet Iida ansåg generaladvokaten Trstenjak i sitt förslag till avgörande att direktiv 2004/38 ”inte omfattar förevarande fall, i vilket det rör sig om uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare i den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung”,⁵⁵ även om hon inte helt tycks utesluta möjligheten att andra omständigheter skulle ha gett ett annat resultat.⁵⁶

82. Det medges att domstolen i domen i det ovannämnda målet Singh⁵⁷ godtog att en återvändande migrerande arbetstagare hade härledd uppehållsrätt med stöd av artikel 52 i EEG-fördraget (nu artikel 59 FEUF) och direktiv 73/148⁵⁸ (upphävt och ersatt av direktiv 2004/38⁵⁹). I likhet med direktiv 2004/38 behandlade direktiv 73/148, inte en situation där en person återvänder till sin egen medlemsstat, och domstolens resonemang förefaller uteslutande grundas på fördragsbestämmelserna och inte på det direktivet. Jag anser att det beslutet är av särskild betydelse för analysen av artikel 21 FEUF.⁶⁰

83. Eftersom direktiv 2004/38 inte är tillämpligt måste fördragen ligga till grund för vilken ställning som ska tillerkännas O, B, S och G, och deras referenspersoner. Om resultatet av den analysen är att det krävs härledda rättigheter för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare för att en unionsmedborgare verkligen ska kunna utöva sin rätt till fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF, vore det i så fall lämpligt att i ursprungsmedlemsstaten tillämpa den minimistandard som genom direktiv 2004/38 garanteras i mottagande medlemsstater.⁶¹

52 — Domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 64 och där angiven rättspraxis.

53 — Se nedan punkt 95.

54 — Domen i målet McCarthy (ovan fotnot 6), punkt 34 samt punkt 37. Se även punkterna 28 och 29 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det målet.

55 — Generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i målet Iida (ovan fotnot 18), särskilt punkt 54.

56 — Se, exempelvis, punkt 47 i generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i målet Iida (ovan fotnot 18).

57 — Ovan fotnot 3.

58 — Rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster (EGT L 172, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 135).

59 — Se artikel 38.2 i direktiv 2004/38.

60 — Se nedan punkterna 91–96.

61 — Se nedan punkterna 91–97, 110 och 111.

Artikel 21 FEUF

Härledd uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten

84. Enligt artikel 21.1 FEUF (och om inte annat följer av bestämmelserna om genomförande av fördraget) ska medlemsstaterna ge unionsmedborgare som inte är medborgare i en viss medlemsstat rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i den medlemsstaten, tillsammans med sina makar och eventuellt vissa andra familjemedlemmar som inte är unionsmedborgare.

85. I förevarande mål har Nederländerna, med stöd av unionsrätten, i huvudsak beslutat att *inte* bevilja uppehållsrätt till tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till *medborgare i det egna landet* i situationer där det, i enlighet med unionsrätten, i princip är *skyldigt* att tillerkänna familjemedlemmar till *unionsmedborgare som är medborgare i en annan medlemsstat* sådana rättigheter.

86. Det är svårt att förstå varför en medlemsstat skulle vilja behandla sina egna medborgare mindre förmånligt än andra unionsmedborgare (som, med undantag av sitt medborgarskap, mycket väl kan befinna sig i identiska eller liknande situationer). Faktum är att den medlemsstaten, genom att neka uppehållsrätt, riskerar att i praktiken "utvisa" sina egna medborgare genom att dessa antingen tvingas flytta till en annan medlemsstat där de enligt unionsrätten har rätt att uppehålla sig tillsammans med sin familj eller helt tvingas lämna unionen. En sådan åtgärd är svår att förena med den solidaritet som förhållandet mellan en medlemsstat och dess egna medborgare förmodas bygga på. En sådan åtgärd är även svår att förena med principen om lojalt samarbete, som enligt min mening i lika hög grad gäller medlemsstaterna emellan som mellan medlemsstaterna och unionen.⁶²

87. Trots det framgår det av de skriftliga och muntliga yttrandena i förevarande mål att ett stort antal medlemsstater anser att unionsrätten inte utgör hinder för att kunna göra just detta.

88. Detta argument kan enkelt bemötas med att medlemsstaterna, enligt artikel 21.1 FEUF, inte får begränsa unionsmedborgarnas rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom Europeiska unionen. Eller som generaladvokaten Jacobs har uttryckt saken "med förbehåll för de gränser som anges i [den artikeln], får inga oberättigade olägenheter förorsakas".⁶³

89. Samma princip gäller för alla unionsmedborgare som vill utöva sin rätt till fri rörlighet och gifter sig med en tredjelandsmedborgare. Ett sådant par önskar ofta (kanske vanligtvis) utöva sin rätt till familjeliv i fysisk närhet till varandra. Om de hindras att bo tillsammans i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare (och till vilken vederbörande återvänder efter att ha vistats i en annan medlemsstat eller från vilken vederbörande utövar sin rätt till fri rörlighet), kommer de antingen inte att bo tillsammans eller så tvingas de flytta någon annanstans. De flyttar kanske till ett land utanför Europeiska unionen som tillåter dem att lagligt uppehålla sig där tillsammans, eller de kanske flyttar till en annan EU-medlemsstat och åberopar direktiv 2004/38. I det första fallet fräntas en unionsmedborgare i praktiken unionsmedborgarskapet, eftersom ställningen som unionsmedborgare endast har begränsad betydelse utanför Europeiska unionen.⁶⁴ I det andra fallet kan det hävdas att en sådan åtgärd resulterar i ökad rörlighet. Även om underlättandet av fri rörlighet är ett av syftena med artikel 21.1 FEUF gäller detta emellertid inte påtvingad fri rörlighet.

62 — Artikel 4.3 EU, i vilken det föreskrivs att "[e]nligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen".

63 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-224/02, Pusa, där dom meddelades den 29 april 2004 (REG 2004, s. I-5763), punkt 22.

64 — Ett sådant extremt åsidosättande av en av de grundläggande rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger täcks av omformuleringen i domen i målet Dereci av den princip som formulerades i domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 19 vad gäller båda målen). För klarhetens skull erinrar jag om att vissa bestämmelser, såsom artikel 20.2 c FEUF (diplomatiskt skydd i ett tredjeland) faktiskt tilldelar unionsmedborgare rättigheter som kan åtnjutas utanför unionens territorium.

Unionsmedborgarna garanteras snarare rätten att *fritt* röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. Om det är sannolikt att en åtgärd påverkar unionsmedborgarnas valfrihet att utöva den rätten utgör åtgärden en begränsning som, om den inte är motiverad, strider mot artikel 21.1 FEUF.

90. Enligt min mening kan samma resonemang tillämpas på andra nära familjemedlemmar (exempelvis svärföräldrar, såsom i målet S), förutsatt att det fastslås att unionsmedborgaren annars kommer att flytta någon annanstans med sin familj (inbegripet sådana andra familjemedlemmar) för att kunna bo tillsammans med dem, eller kommer att upphöra att utöva sin rätt till fri rörlighet.

91. Domstolen har redan tillämpat detta test när en unionsmedborgare som har utövat sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier återvänder för att bosätta sig i sin ursprungsmedlemsstat (domarna i de ovannämnda målen Singh och Eind), eller har utövat rätten till fri rörlighet samtidigt som vederbörande har fortsatt att vara bosatt i sin ursprungsmedlemsstat (domen i det ovannämnda målet Carpenter,⁶⁵ som meddelades efter domen i det ovannämnda målet Singh⁶⁶ men före domen i det ovannämnda målet Eind⁶⁷). I princip visar de två förstnämnda domarna⁶⁸ att när en unionsmedborgare har rest in i och uppehållit sig i en annan medlemsstat får familjemedlemmar följa med vederbörande till, eller ansluta sig till vederbörande i, unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat enligt villkor som inte är mindre förmånliga än de villkor som i enlighet med unionsrätten tillämpas i den mottagande medlemsstaten.

92. Surinder Singh och R.N.G. Eind hade båda, som migrerande arbetstagare, flyttat till och sedan varit bosatta i en annan medlemsstat än den där de är medborgare. Båda två återvände sedan till sin egen medlemsstat. Surinder Singh blev egenföretagare medan R.N.G. Eind inte hittade något arbete. Både Surinder Singh och R.N.G. Eind bodde i den mottagande medlemsstaten tillsammans med en familjemedlem som var tredjelandsmedborgare, och som ville fortsätta att bo tillsammans med honom i ursprungsmedlemsstaten.

93. Domstolen fastslog att Surinder Singh, vid återkomsten till sin ursprungsmedlemsstat, skulle behandlas på ett sätt som åtminstone motsvarade den behandling som han skulle ha åtnjutit i den mottagande medlemsstat från vilken han flyttade.⁶⁹ En familjemedlem kan således följa med honom till ursprungsmedlemsstaten på samma villkor som de som föreskrivs i den gemenskapslagstiftning som föregick direktiv 2004/38.⁷⁰

94. I domen i det ovannämnda målet Singh gjorde domstolen egentligen inte uttryckligen någon bedömning av respekten för familjelivet, även om domstolens resonemang gick ut på att om en unionsmedborgare hindrades från att utöva den rätten genom att inte kunna bo tillsammans med sin make eller maka och barn vid återkomsten till sin egen medlemsstat, skulle vederbörande kunna avhållas från att utöva den grundläggande rätten att fritt resa in och uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium (den så kallade dämpande effekten).⁷¹ I domen i det ovannämnda målet Eind konstaterade domstolen mer uttryckligen att den medgav att hinder för familjeåterförening kan inverka menligt på den rätt till fri rörlighet som unionsmedborgarna åtnjuter.⁷² Till skillnad från domen i det ovannämnda målet Singh (som meddelades 1992), härrör domen i det ovannämnda målet Eind från 2007, efter det att unionsmedborgarskapet hade införts.

65 — Ovan fotnot 16.

66 — Ovan fotnot 3.

67 — Ovan fotnot 4.

68 — Jag redogör för domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16) längre fram, i punkt 113 och följande punkter.

69 — Domen i målet Singh (ovan fotnot 3), punkterna 19 och 23.

70 — Se domen i målet Singh (ovan fotnot 3), punkt 21. Se även domen i målet Eind (ovan fotnot 4) punkt 39, och dom av den 7 oktober 2010 i mål C-162/09, Lassal (REU 2010, s. I-9217), punkt 59 och där angiven rättspraxis.

71 — Domen i målet Singh (ovan fotnot 3), punkt 20.

72 — Domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkterna 37 och 44 och där angiven rättspraxis (som inbegriper en hänvisning till domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16)). Se även domen i målet Iida (ovan fotnot 18), punkt 70.

95. En unionsmedborgare förvärvar således rätten att låta en definierad grupp familjemedlemmar följa med eller ansluta sig till honom när han utövar sin rätt till fri rörlighet och uppehåll. Sannolikt innebär vetskapen om att denna rätt kommer att gå förlorad när unionsmedborgaren återvänder till ursprungsmedlemsstaten antingen att vederbörande helt avskräcks från att flytta eller till begränsningar av vad vederbörande kan göra efter denna första flytt. I det avseendet har det ingen betydelse att en familjemedlem, före den första flytten, inte åtnjöt uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten. Genom direktiv 2004/38 garanteras att alla unionsmedborgare, efter en andra flytt, har rätt att uppehålla sig tillsammans med sina familjemedlemmar som bodde tillsammans med dem före den första flytten, som har anslutit sig till dem från ett tredjeland eller som blev familjemedlemmar till dem efter den första flytten.⁷³ Av det skälet får ursprungsmedlemsstaten inte behandla de av sina egna medborgare som återvänder för att uppehålla sig på den medlemsstatens territorium mindre förmånligt än dessa behandlades som unionsmedborgare i den mottagande medlemsstaten. Det som har betydelse är den behandling som en unionsmedborgare hade *rätt* till i den mottagande medlemsstaten. Vilken behandling en unionsmedborgare faktiskt *åtnjöt* saknar betydelse.⁷⁴ Eftersom rättigheterna enligt unionsrätten efter den första flytten så att säga "följer med" unionsmedborgaren och denne behåller dessa rättigheter när vederbörande återvänder till sin ursprungsmedlemsstat, är de villkor och begränsningar som anges i direktiv 2004/38 även indirekt tillämpliga på alla unionsmedborgare som återvänder till sin ursprungsmedlemsstat.

Definition av begreppet bosättning

96. Om unionsmedborgaren inte har bosatt sig i en annan medlemsstat är det mindre uppenbart att ett beslut att neka familjemedlemmar uppehållsrätt i unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat med stöd av unionsrätten kommer att få negativa följder för unionsmedborgarens rätt till fri rörlighet. Men vad innebär det att vara bosatt i en annan medlemsstat? Det är denna fråga som ligger till grund för den andra och den tredje frågan i mål C-456/12.

97. I direktiv 2004/38 fastställs villkoren för när en unionsmedborgare får uppehålla sig i en annan medlemsstat. Direktivet innehåller emellertid inte någon definition av vad som avses med att uppehålla sig eller vara bosatt i en medlemsstat. Inte heller i fördraget finns det någon allmän definition av detta begrepp. I vissa sekundärrättsakter definieras vad som i just den rättsakten avses med att uppehålla sig eller vara bosatt i en medlemsstat, genom hänvisningar till begrepp som "normal hemvist"⁷⁵ eller "stadigvarande bosättning".⁷⁶

73 — Se, exempelvis, domen i målet *Metock* m.fl. (ovan fotnot 36), punkterna 88, 89 och 92 (angående bildandet av familj efter att ha utövat sin rätt till fri rörlighet).

74 — Detta följer av domstolens resonemang i punkterna 19 och 23 i domen i målet *Singh* (ovan fotnot 3). Se även de avsnitt i domen i målet *Metock* m.fl. (ovan fotnot 36) som citerades i den föregående fotnoten.

75 — Se, exempelvis, artikel 7 i rådets direktiv 83/182/EEG av den 28 mars 1983 om skattebefrielser inom gemenskapen för vissa transportmedel som tillfälligt införs från en annan medlemsstat (EGT L 105, s. 59; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 112), i dess ändrade lydelse.

76 — Se, exempelvis, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, s. 1), i dess lydelse efter ett flertal ändringar, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6), Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) (EUT L 199, s. 40) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II) (EUT L 335, s. 1).

98. Bosättning har olika funktioner i unionsrätten. I vissa sammanhang kan det användas som kriterium för att fastställa tillämplig lag (exempelvis på skatterättens och den internationella privaträttens område) och för att undvika så kallad social turism.⁷⁷ I andra sammanhang kan det utgöra innehållet i en rättighet⁷⁸ eller en aspekt som om den saknas innebär att en förmån inte kan beviljas.⁷⁹ I vissa sammanhang definieras uttryckligen vad som avses med bosättning, i andra inte. Bosättning är följaktligen inte något enhetligt unionsrättsligt begrepp.

99. Inom ramen för lagstiftningen om unionsmedborgarskap är bosättning i en annan medlemsstat, utöver en rättighet, ibland ett villkor för att kunna utöva härledda rättigheter knutna till ställningen som unionsmedborgare (exempelvis för att ha rösträtt och vara valbar i val till Europaparlamentet och i kommunala val⁸⁰), men bosättning kan även vara ett krav som begränsar andra friheter som garanteras enligt unionsrätten.

100. I domen i målet Swaddling, konstaterade domstolen att i artikel 1 h i förordning nr 1408/71⁸¹ avses med bosättning ”stadigvarande bosättning” och att detta begrepp således har en unionsrättslig innebörd.⁸² Domstolen tolkade uttrycket ”den medlemsstat ... där de är bosatta” som den plats ”där de har varaktigt centrum för sina intressen”, vilken, enligt domstolen, ska fastställas med beaktande av ”arbetstagarens familjesituation, anledningen till att han har flyttat, bosättningsens längd och huruvida den är sammanhängande, huruvida han i förekommande fall har fast arbete samt arbetstagarens avsikter, såsom de framgår av samtliga omständigheter”.⁸³ Genom sin tolkning har domstolen antytt att bedömningen av huruvida en person är stadigvarande bosatt eller ej inte kan grundas på en enda faktor, utan att det är nödvändigt att beakta en uppsättning aspekter som tillsammans gör det möjligt att avgöra huruvida den enskildes situation kan, eller inte kan, bedömas och klassificeras som bosättning.

101. På andra unionsrättsliga områden har domstolen gett uttryck för en liknande syn på bosättning, nämligen att bosättningsorten är den plats där en person har ett varaktigt centrum för sina intressen och att bosättningsorten måste fastställas mot bakgrund av de aktuella omständigheterna, vilka innefattar både objektiva och subjektiva inslag.⁸⁴

102. Jag anser inte att bosättning kräver en fortlöpande fysisk närvaro inom en enda medlemsstats territorium (den tredje frågan i mål C-456/12). I annat fall skulle en person endast kunna anses bosatt i en medlemsstat om vederbörande inte hade utövat sin rätt till fri rörlighet (per definition skulle man personen varit bosatt någon annanstans innan flytten).⁸⁵ Det förefaller dock rimligt att kräva någon form betydande närvaro.

77 — Se, exempelvis, dom av den 16 maj 2013 i mål C-589/10, Wencel, punkterna 48–51, vad gäller möjligheten att vara stadigvarande bosatt i två medlemsstater med stöd av förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57), som upphävts av förordning (EG) nr 883/2004.

78 — Se, exempelvis, direktiv 2004/38.

79 — Se, exempelvis, dom av den 9 oktober 1984 i mål 188/83, Witte mot parlamentet (REG 1984, s. 3465), punkterna 8–11, angående beviljandet av ett utlandstillägg.

80 — Se artikel 22 FEUF.

81 — Ovan fotnot 77.

82 — Dom av den 25 februari 1999 i mål C-90/97, Swaddling (REG 1999, s. I-1075), punkt 28.

83 — Domen i målet Swaddling (ovan fotnot 82) punkt 29 och där angiven rättspraxis.

84 — Se, exempelvis, dom av den 17 februari 1977 i mål 76/76, Di Paolo (REG1977, s. 315), och av den 8 juli 1992 i mål C-102/91, Knoch (REG 1992, s. I-441), samt även generaladvokaten Saggios förslag till avgörande i målet Swaddling (ovan fotnot 82) punkt 17. Se även, exempelvis, dom av den 23 april 1991 i mål C-297/89, Ryborg (REG 1991, s. I-1943), punkterna 24 och 25, och av den 12 juli 2001 i mål C-262/99, Louloudakis (REG 2001, s. I-5547), punkt 55.

85 — För att komma runt detta logiska problem innehåller de flesta test för att fastställa laglig bosättning ett villkor om en fast (och således med nödvändighet godtycklig) ”kvalificerande” period av närvaro i landet innan bosättningskravet anses uppfyllt. Det finns emellertid ingen objektiv skillnad mellan närvaron dagen före och dagen efter det att denna magiska siffra uppnås.

103. Inte heller anser jag att svaret på frågan huruvida en unionsmedborgare har bosatt sig i en annan medlemsstat är avhängigt av huruvida detta är personens enda bosättningsort. I många fall innebär utövande av rätten att fritt uppehålla sig i Europeiska unionen att en persons bosättningsort flyttas från en medlemsstat till en annan, utan att personen behåller någon meningsfull anknytning till den tidigare bosättningsorten. I andra fall är det av olika skäl praktiskt att behålla starka band.

104. Förutsatt att unionsmedborgare uppfyller villkoren för att bosätta sig i en medlemsstat bör det inte ha någon betydelse att de kanske behåller någon form av bosättning någon annanstans.⁸⁶ Det finns ingen allmän regel enligt vilken bosättning i en medlemsstat utgör hinder för att samtidigt vara bosatt i en annan medlemsstat.⁸⁷ Det förefaller även var innebörden av direktiv 2004/38, i vilket det som villkor för att uppehålla sig i landet under längre tid än tre månader anges att unionsmedborgaren antingen måste vara anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten eller ha tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem. Däremot måste full solidaritet (när villkoret om ”tillräckliga tillgångar” inte längre är tillämpligt) visas gentemot stadigvarande bosatta.⁸⁸

105. Även om unionsmedborgare som inte är migrerande arbetstagare eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten eventuellt kan behöva styrka att de har tillräckliga tillgångar är direktiv 2004/38 neutralt i fråga om källan (eller källorna) till dessa tillgångar, vilka således kan härröra från verksamhet eller intressen någon annanstans i eller utanför Europeiska unionen. I annat fall skulle det röra sig om en uppenbar inskränkning av de grundläggande friheterna.

106. Har det betydelse huruvida en unionsmedborgare ursprungligen flyttade till den mottagande medlemsstaten för att utöva en ekonomisk frihet, respektive huruvida vederbörande återvände till sin ursprungsmedlemsstat för att bedriva ekonomisk verksamhet där?

107. Jag anser att så inte är fallet.

108. R.N.G. Eind flyttade från Nederländerna till Förenade kungariket för att bedriva ekonomisk verksamhet där. Efter återkomsten till Nederländerna arbetade han inte längre. Hans dotter hade trots det rätt att bosätta sig tillsammans med honom i Nederländerna, om än med förbehåll för villkoren i förordning nr 1612/68 avseende släktingar till en migrerande arbetstagare.⁸⁹ Det var den behandling som R.N.G. Eind hade rätt till i Förenade kungariket och som han, vid återkomsten till Nederländerna, inte kunde förlora.

109. En unionsmedborgare kan följaktligen göra anspråk på att i sin ursprungsmedlemsstat inte behandlas mindre förmånligt än den behandling han eller hon hade rätt till som anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten. Att personen inte längre bedriver någon ekonomisk verksamhet gör inte att denna rätt upphör. Det gör inte heller den omständigheten att en unionsmedborgare inte hade ställning som anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten, eftersom unionsmedborgarens rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inte längre är avhängig av att vederbörande bedriver en ekonomisk verksamhet. De villkor i enlighet med vilka familjemedlemmar har rätt att uppehålla sig i den mottagande medlemsstaten kan dock skilja sig åt.⁹⁰

86 — Se, exempelvis, domen i målet Di Paolo (ovan fotnot 84), punkterna 17 och 21.

87 — Medlemsstaterna anser exempelvis aldrig att en person inte kan ha sitt skattemässiga hemvist inom deras territorium enbart på grund av att han eller hon (även) har skattemässig hemvist inom ett annat territorium.

88 — Se artikel 16.1 i direktiv 2004/38.

89 — Domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkterna 38 och 39. Förordning nr 1612/68 ändrades genom direktiv 2004/38. Den har nu upphävts genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen (EUT L 141, s. 1).

90 — Se nedan punkterna 135–142.

110. Jag övertygas inte av argumentet att en unionsmedborgare (oavsett om denne är, eller inte är, anställd eller egenföretagare) måste ha varit bosatt i en annan medlemsstat under en fortlöpande period av minst tre månader eller någon annan "betydande" tidsperiod innan de av hans familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare med stöd av unionsrätten kan åberopa uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten (föremålet för den andra frågan i mål C-456/12). Det argumentet förutsätter att påtvingad separation från en familjemedlem, såsom en maka eller make, inte avskräcker en unionsmedborgare som vill flytta för att tillfälligt bosätta sig i en annan medlemsstat från att utöva sin rätt till fri rörlighet och uppehåll. Jag ser ingen anledning till varför en unionsmedborgare under sådana omständigheter bör tvingas att tillfälligt offra sin egen rätt till familjeliv (eller för att uttrycka det något annorlunda, att han bör vara beredd att betala det priset för att i ett senare skede kunna åberopa unionsrätten gentemot den medlemsstat där han är medborgare). Enligt direktiv 2004/38 har ju familjemedlemmar rätt att direkt följa med unionsmedborgare till den mottagande medlemsstaten. I direktiv 2004/38 anges inte som villkor för att kunna utnyttja denna härledda rätt att unionsmedborgarens vistelse i landet ska ha haft en viss minimilängd. Det är snarare så att villkoren för de personer som är beroende av unionsmedborgaren för sin försörjning varierar med längden på vistelsen i landet.

111. Det är uppenbart att längden på en unionsmedborgares vistelse i en annan medlemsstat är ett relevant kvantitativt kriterium. Enligt min mening kan emellertid inte vistelsens längd tillämpas som ett absolut tröskelvärde för att avgöra vem som har, eller inte har, utövat sin uppehållsrätt och som familjemedlemmar därför kan ansluta sig till eller följa med.⁹¹ Det är enbart ett av flera kriterier som ska beaktas.

Fri rörlighet utan bosättning

112. Vad gäller för en unionsmedborgare som beger till en annan medlemsstat än den där vederbörande är medborgare men inte bosätter sig där? Har tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgaren i så fall rätt att ansluta sig till honom i den medlemsstat där han är medborgare och bosatt? Det är detta som utgör kärnan i den första och den andra frågan i mål C-457/12.

113. Resonemanget i domen i det ovannämnda målet Singh⁹², respektive i domen i det ovannämnda målet Eind⁹³, omfattar inte denna situation (eftersom det i de målen inte handlade om att lämna den mottagande medlemsstaten för att återvända till ursprungsmedlemsstaten). I domen i det ovannämnda målet Carpenter⁹⁴ har domstolen dock redan konstaterat att härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare och bosatt kan åberopas av tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare som utövar friheter på den inre marknaden (exempelvis friheten att tillhandahålla tjänster), men som *inte* flyttar sin stadigvarande bosättningsort till en annan medlemsstat.

114. I domen i det ovannämnda målet Carpenter fann den nationella domstolen att Mary Carpenters vård av barnen och hemmet indirekt kunde bistå och hjälpa hennes make i utövande av hans rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat. Det gjorde det möjligt för honom att ägna mer tid åt sitt företag, som bedrev en stor del av sin verksamhet i andra medlemsstater.⁹⁵ Domstolen slog fast att "det skulle skada makarna Carpenters familjeliv om de skildes åt och det skulle följaktligen skada även

91 — Om unionsmedborgaren verkligen hade varit tvungen att fortlöpande uppehålla sig x antal månader i en medlemsstat innan han hade haft rätt att låta sin familj ansluta sig till honom hade han bara kunnat låta dessa "följa med" honom om han efter att ha uppfyllt den magiska perioden hade lämnat territoriet och sedan på nytt rest in tillsammans med sin familj, vilket knappast hade underlättat utövandet av hans rätt till fri rörlighet.

92 — Ovan fotnot 3.

93 — Ovan fotnot 4.

94 — Ovan fotnot 16.

95 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkterna 14 och 19.

förutsättningarna för Peter Carpenter att utöva en grundläggande frihet”.⁹⁶ Genom att tillämpa samma resonemang som i domen i det ovannämnda målet Singh fann domstolen att denna frihets fulla verkan kunde undergrävas om Peter Carpenter avhölls från att utöva den aktuella friheten på grund av att det, i hans ursprungsmedlemsstat, fanns hinder för hans makas inresa och bosättning.⁹⁷

115. Vid bedömningen av huruvida en sådan begränsning kunde motiveras konstaterade domstolen att beslutet att utvisa Mary Carpenter utgjorde ett intrång i Peter Carpenters utövande av rätten till skydd för sitt familjeliv i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen.⁹⁸

116. Låt oss titta lite närmare på domen i det ovannämnda målet Carpenter.

117. Domstolens resonemang grundas av naturliga skäl på premissen att det fanns ett orsakssamband mellan Peter Carpenters utövande av rätten till fri rörlighet och hans filippinska frus vistelse i den medlemsstat där Peter Carpenter är medborgare och bosatt. Det var tack vare sin ekonomiska verksamhet som han försörjde sin fru som är tredjelandsmedborgare. Dessutom var Peter Carpenter beroende av sin fru eftersom hon tog hand om hans barn, skötte hemmet och därigenom indirekt bidrog till hans framgång.⁹⁹ De villkor under vilka rätten till familjeliv utövades kunde därför påverka utövandet av rätten till fri rörlighet. Beslutet att neka Mary Carpenter uppehållsrätt i den medlemsstat där Peter Carpenter är medborgare och bosatt medförde troligen att han i) blev tvungen att flytta till en annan medlemsstat för att göra det möjligt för hans fru att ansluta sig till honom där (med förbehåll för de villkor som anges i direktiv 2004/38) eller ii) blev tvungen att godta begränsningen av sin rätt till familjeliv och gå miste om sin frus närvaro tillsammans med honom i sin ursprungsmedlemsstat, vilket skulle påverka de villkor under vilka han utövade sin rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat (utan att bosätta sig i denna stat). Det är oklart huruvida dessa omständigheter i praktiken skulle ha tvingat honom att upphöra med sin verksamhet utomlands, och detta är inte heller en fråga som domstolens resonemang syftar till att besvara.

118. Vilken betydelse har denna analys, dels för att som arbetstagare aktivt utöva sin rätt att fritt röra sig i medlemsstaterna utan att byta bosättningsort, dels för det ”passiva” utövandet av rätten att motta tjänster?

Att som arbetstagare röra sig över gränserna utan att byta bosättningsort

119. Unionsmedborgare som, utan att byta bosättningsort, utövar sin rätt till fri rörlighet i samband med en verksamhet som bidrar till att försörja, eller som gör dem beroende av, familjemedlemmar kan därför ha ett behov av att vissa familjemedlemmar ansluter sig till dem i deras ursprungsmedlemsstat. Sambandet mellan bosättningen och utövandet av rätten till fri rörlighet kan i sådana fall vara ganska uppenbart och lätt att fastställa. Om familjemedlemmarna till en gränsarbetare exempelvis nekas uppehållsrätt, kan gränsarbetaren avskräckas från att arbeta i en annan medlemsstat eller tvingas byta bosättningsort och tillsammans med sin familj flytta till en annan medlemsstat. Detsamma gäller unionsmedborgare som är beroende av en familjemedlem, eftersom familjemedlemmen underlättar eller gör det möjligt för dem att utöva deras rätt till fri rörlighet. Detta följer direkt av vad domstolen i domen i det ovannämnda målet Carpenter redan har konstaterat i förhållande till det ”aktiva” tillhandahållandet av tjänster till kunder bosatta i en annan medlemsstat.

96 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkt 39.

97 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkt 39.

98 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkt 41.

99 — Immigration Adjudicator fann att Mary Carpenter indirekt kunde anses ligga bakom de växande framgångarna i mannens företag, se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 16), punkt 18. Generaladvokaten Stix-Hackl ansåg att denna faktiska omständighet inte hade någon betydelse för rätten till uppehållstillstånd enligt unionsrätten (se punkterna 103–105 i hennes förslag till avgörande). Jag tolkar det faktum att domstolen uttryckligen grundar sig på denna faktiska omständighet som att domstolen inte delade generaladvokatens uppfattning i denna fråga.

120. Finns det en grundläggande skillnad mellan att vara bosatt i medlemsstat A, men arbeta för en arbetsgivare i medlemsstat B (den ställning som referensperson G har), respektive att vara bosatt i medlemsstat A, arbeta för en arbetsgivare som också är bosatt i medlemsstat A men utföra arbete som kräver att arbetstagaren reser till en annan medlemsstat (den ställning som referensperson S har)? Denna fråga följer av det som utgör kärnan i de två tolkningsfrågorna i mål C-457/12.

121. Jag anser att så inte är fallet. I båda fallen är arbetstagaren på grund av sin anställning tvungen att korsa gränser för att uppfylla sitt anställningsavtal. Han kan inte både behålla sin anställning och stanna kvar i sin ursprungsmedlemsstat. Frågan blir då huruvida en begränsning av möjligheten för den familjemedlem som är tredjelandsmedborgare att uppehålla sig i den mottagande medlemsstaten antingen kommer att hindra arbetstagaren från att korsa gränsen för att fullgöra sitt anställningsavtal eller göra det avsevärt svårare för vederbörande att göra detta? Omständigheterna kan vara sådana att det rent objektivet inte har någon betydelse för utövandet av rätten till fri rörlighet. Om emellertid arbetstagarens möjlighet att fullgöra sitt avtal avsevärt skulle försvåras om han inte kan förlita sig på det stöd som ges av den familjemedlem som är tredjelandsmedborgare (eller om gränsöverskridande arbete skulle bli omöjligt), innebär en unionsmedborgares faktiska utövande av rätten till fri rörlighet att hans familjemedlem som är tredjelandsmedborgare enligt unionsrätten ska beviljas härledd uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten.

122. Huruvida den familjemedlem som är tredjelandsmedborgare kan göra anspråk på en sådan rättighet i unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat beror på samma tre variabler som ursprungligen låg till grund för fastställandet av härledda rättigheter för tredjelandsmedborgare enligt unionsrätten. Det rör sig således om

- familjebandet till unionsmedborgaren,
- unionsmedborgarens utövande av rätten till fri rörlighet, och
- orsakssambandet mellan tredjelandsmedborgarens vistelse i landet och unionsmedborgarens utövande av rätten till fri rörlighet.

123. En bedömning av dessa kriterier leder inte automatiskt till att frågan ovan kan besvaras med ett enkelt ja eller nej. Exempelvis kan omfattningen av begränsningarna av rätten till fri rörlighet variera kraftigt beroende på hur nära familjeband personerna har. Samtidigt kan det även finnas stora variationer vad gäller hur relevant det bandet är och hur beroende tredjelandsmedborgaren är av unionsmedborgarens val att utöva eller inte utöva rätten till fri rörlighet. Det valet begränsas om det kan göras troligt att ett beslut att neka en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare uppehållsrätt får unionsmedborgaren att röra sig, upphöra att röra sig eller avhålla sig från att röra sig mellan medlemsstaterna.

Åtnjutande av den ”passiva” friheten att motta tjänster i en annan medlemsstat utan att flytta sitt hemvist dit

124. Detta är föremålet för den första frågan i mål C-456/12.

125. Inom ramen för unionsrättens tillämpningsområde garanteras varje unionsmedborgare samma nivå av skydd för sina grundläggande friheter och rätten till familjeliv. En unionsmedborgare som flyttar till en annan medlemsstat för att där utnyttja en tjänst, oavsett vad denna tjänst består i, omfattas av unionsrättens tillämpningsområde.¹⁰⁰ Av detta följer emellertid inte att varje utövande av rätten till fri rörlighet för att motta tjänster nödvändigtvis ger tredjelandsmedborgare som är

100 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september i mål C-221/11, Demirkan, punkterna 35 och 36.

familjemedlemmar till unionsmedborgaren rätt att åberopa härledd uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten. Detta beror på att inte varje beslut att neka uppehållsrätt utgör ett sådant hinder för familjeåterförening att det utgör en inskränkning av en unionsmedborgares grundläggande rätt till fri rörlighet.¹⁰¹

126. Ett samhälle eller en ekonomi utan tjänster är i dag otänkbara.¹⁰² Unionsmedborgarna korsar i allt högre grad gränser för att utnyttja tjänster. För många kan detta var den enda form av fri rörlighet som de någonsin kommer att utöva. De reser på semester, gör dagsutflykter, beställer böcker på nätet och så vidare.

127. Inte alla dessa former av utövandet av den passiva friheten av en unionsmedborgare att motta tjänster är dock beroende av huruvida familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare även är stadigvarande bosatta i den medlemsstat där unionsmedborgaren är bosatt.

128. En person som beger sig till en annan medlemsstat för att där utnyttja en tjänst utövar utan tvekan en ekonomisk frihet. Samtidigt är det inte den typen av verksamhet som gör det möjligt för unionsmedborgare att försörja, eller som gör dem beroende av, sina familjemedlemmar (troligen på grund av alternativkostnaden för att utöva rätten till fri rörlighet). Därför är det mindre troligt att hinder för familjeåterförening påverkar en unionsmedborgares val av huruvida vederbörande ska flytta och/eller bosätta sig någon annanstans.

129. I de flesta situationer är härledd uppehållsrätt för familjemedlemmar (som kan leda till permanent uppehållsrätt) *inte* en förutsättning för att en unionsmedborgare ska kunna utnyttja en tjänst som huvudsakligen är av tillfällig karaktär "inte bara i förhållande till tjänstens varaktighet, utan även i förhållande till hur ofta den ägt rum, dess regelbundenhet och kontinuitet",¹⁰³ och som ofta är en konsumtionstjänst som unionsmedborgaren betalar för snarare än en vinstdrivande verksamhet.

130. Den omständigheten att tjänsten kan vara mer njutbar när den utnyttjas tillsammans med en familjemedlem räcker i sig inte för att fastställa att det föreligger en inskränkning av rätten till fri rörlighet, eftersom det övervägandet inte ingår bland de skäl som får unionsmedborgare att korsa gränser för att utnyttja en tjänst (exempelvis inta en måltid på en särskilt trevlig restaurang) i stället för att stanna kvar i den medlemsstat där de är medborgare och bosatta och utnyttja motsvarande tjänst där.

131. Jag utesluter emellertid inte möjligheten att det, i undantagsfall, kan vara nödvändigt att bevilja familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare härledd uppehållsrätt. Detta skulle särskilt vara fallet om en unionsmedborgare blir beroende av en familjemedlem på grund av just de omständigheter som får honom att korsa gränsen för att utnyttja tjänster i en annan medlemsstat. Anta exempelvis att en tysk medborgare som är bosatt i Tyskland och gift med en kinesisk medborgare som inte har fått uppehållstillstånd där blir sjuk och behöver långvarig behandling. Av medicinska skäl beslutar han sig för att undergå denna behandling i Belgien. Han har inte för avsikt att byta hemvist och bosätta sig där. Han behöver dock assistans för att regelbundet resa till Belgien. Han behöver också hjälp att ta hand om andra saker som han inte längre kan göra själv. Han blir beroende av en vårdgivare. Det är lätt att förstå att han skulle vilja att hans kinesiska fru blir den vårdgivaren. Det är ett beslut som fattas inom ramen för hans privatliv och familjeliv, men det är samtidigt ett beslut som är knutet till de villkor under vilka han utövar sin rätt till fri rörlighet.

101 — Se även, för ett liknande resonemang, punkt 5 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i målet Singh (ovan fotnot 3).

102 — Se även, exempelvis, generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i målet Demirkan (ovan fotnot 100), särskilt punkterna 49 och 50.

103 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 27.

Flytt mellan medlemsstater för att utnyttja rätten till familjeliv

132. Vad gäller om en unionsmedborgare flyttar enbart för att utöva sin rätt till familjeliv med en familjemedlem som är bosatt någon annanstans i Europeiska unionen? Kan unionsmedborgaren längre fram göra gällande att hans rätt att fritt röra sig har inskränkts, såvitt familjemedlemmen i fråga med stöd av unionsrätten nekas att lagligen uppehålla sig i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare och bosatt? Dessa frågor är relevanta för B:s och O:s ställning (mål C-456/12), vilka båda förefaller ha korsat gränser för att få vara tillsammans med sin partner respektive maka.

133. Om en sådan restriktiv nationell åtgärd resulterar i att en unionsmedborgare bosätter sig i en annan medlemsstat skulle det kunna hävdas att det är just det unionsmedborgarskapet går ut på och att detta visar hur rätten till fri rörlighet kan stärka utövandet av rätten till familjeliv.

134. Frågan är dock inte huruvida en sådan nationell åtgärd resulterar i (eller tillåter) utövandet av fri rörlighet. Det betydelsefulla är en persons *frihet att välja huruvida vederbörande ska flytta eller inte*. En åtgärd som tvingar en person att flytta begränsar denna valfrihet. En sådan åtgärd strider därför mot artikel 21.1 FEUF.¹⁰⁴

Vilka villkor reglerar utövandet av härledd uppehållsrätt?

135. Även om den hänskjutande domstolen fokuserar på förekomsten av härledd uppehållsrätt är sådana rättigheter inte ovillkorade. Utövandet av en sådan rätt kan regleras av fördragen eller av genomförandelagstiftning.

136. I artikel 21.1 FEUF anges att varje unionsmedborgare har rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, ”om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen”.

137. En unionsmedborgare som beger sig till en annan medlemsstat än den medlemsstat där han är medborgare har rätt att resa in i denna stat och uppehålla sig där i enlighet med de villkor som anges i direktiv 2004/38. För att uppehålla sig där i upp till tre månader behöver unionsmedborgaren bara ett giltigt identitetskort eller pass.¹⁰⁵ Detsamma gäller för de tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgaren och som följer med eller ansluter sig till honom där.¹⁰⁶ Andra villkor gäller för uppehåll under en längre tid än tre månader och permanent uppehållsrätt. När unionsmedborgaren återvänder till sin ursprungsmedlemsstat ska han ha rätt att låta de familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare följa med honom dit eller ansluta sig till honom där på villkor som inte är mindre förmånliga än de villkor som, i enlighet med unionsrätten, gäller i den mottagande medlemsstaten.

138. Anta att en unionsmedborgare uppehöll sig i två månader i den mottagande medlemsstaten och att hans maka, som är tredjelandsmedborgare, anslöt sig till unionsmedborgaren i det landet. Särskilda omständigheter (kanske en sjuk förälder) får honom att återvända till sin ursprungsmedlemsstat där han har för avsikt att under överskådlig framtid bo tillsammans med sin maka. Det kan han göra förutsatt att hans maka uppfyller de relevanta villkoren i direktiv 2004/38. Den omständigheten att hon endast bodde tillsammans med honom i två månader i den mottagande medlemsstaten innebär inte att längden på hennes vistelse i unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat måste begränsas på motsvarande sätt. Om så vore fallet skulle unionsmedborgaren bli tvungen att antingen avhålla sig

104 — Se även punkt 89 ovan. Jag erinrar om att det, rent objektivt, inte finns något som tyder på att det rör sig om skenäktenskap, bedrägeri eller missbruk av rättigheter (se punkt 42 ovan).

105 — Artikel 6.1 i direktiv 2004/38.

106 — Artikel 6.2 i direktiv 2004/38. Vid inresan till medlemsstaten måste en sådan tredjelandsmedborgare naturligtvis även uppfylla alla relevanta viseringskrav. Se artikel 5.2 i direktiv 2004/38.

från att flytta tillbaka till sin ursprungsmedlemsstat och fortsätta att vara bosatt någon annanstans i Europeiska unionen tillsammans med sin maka, eller att lämna kvar henne när han återvänder till sin ursprungsmedlemsstat, eftersom hon endast skulle kunna återropa uppehållsrätt i två månader och han behöver stanna längre. Hade de stannat kvar i den mottagande medlemsstaten, och under förutsättning att de relevanta villkoren hade varit uppfyllda, hade hans fru kunnat stanna under längre tid än tre månader och kanske kunnat beviljas permanent uppehållsrätt där.

139. Slutligen är frågan huruvida den härledda uppehållsrätten upphör om det har gått en viss (odefinierad) tid mellan det att unionsmedborgaren återvände till sin ursprungsmedlemsstat och familjemedlemmens ankomst dit? Detta är föremålet för den fjärde frågan i mål C-456/12 (som rör B).

140. Enligt min mening är svaret på den frågan beroende av varför unionsmedborgaren och hans familjemedlem(mar) inte flyttade tillsammans.

141. Enligt direktiv 2004/38 får den mottagande medlemsstaten inte neka en tredjelandsmedborgare att uppehålla sig på den medlemsstatens territorium med motiveringen att det har förflutit en viss tid. De har rätt att "följa med eller ansluta sig till" den unionsmedborgare med vilken de har relevanta familjeband.¹⁰⁷ Den formuleringen innebär att den omständigheten att det har förflutit en viss tid efter det att unionsmedborgaren reste in och bosatte sig i medlemsstaten inte får hindra en tredjelandsmedborgare från att senare "ansluta sig" till denne. Domstolen har i själva verket slagit fast att direktiv 2004/38 inte innebär att familjemedlemmar till unionsmedborgare är skyldiga att resa in i den mottagande medlemsstaten vid samma tidpunkt som den unionsmedborgare med stöd av vars ställning de återoppar härledd uppehållsrätt.¹⁰⁸

142. Jag anser inte att skälet till fördröjningen är relevant. Det betydelsefulla är att beslutet att flytta till en medlemsstat för att bo tillsammans med en unionsmedborgare fattas inom ramen för utövandet av rätten till familjeliv. Unionsmedborgare har rätt att själva fatta beslut om hur de vill utöva rätten till familjeliv (i annat fall skulle denna rätt inte vara värd särskilt mycket). Många föredrar att bo tillsammans med sina familjemedlemmar, andra kan, vid en viss tidpunkt, göra andra prioriteringar (vilka även kan ändras över tid), eller så kan det finnas praktiska hinder som gör att de inte genast kan bo tillsammans. Om en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare och en unionsmedborgare däremot har beslutat att de inte längre vill bo tillsammans som ett par och utöva sin rätt till familjeliv, kan tredjelandsmedborgaren inte längre återropa härledd uppehållsrätt.

143. Mot bakgrund av ovanstående övergår jag nu till en kortfattad redogörelse av hur den hänskjutande domstolen bör analysera situationen för O, B, S och G.

Vad avgör huruvida O, B, S och G har härledd uppehållsrätt?

– O

144. Referensperson O flyttade från Nederländerna för att gifta sig med O i Frankrike och flyttade sedan till Spanien tillsammans med sin man. Om O lagligen uppehöll sig i Spanien tillsammans med referensperson O i egenskap av en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare enligt direktiv 2004/38, bör referensperson O, när hon återvänder för att arbeta och bo i Nederländerna, inte behandlas mindre förmånligt än när hon flyttade till Spanien för att bo

107 — Se, exempelvis, artiklarna 6.2, 7.2 och 16.2 i direktiv 2004/38. Se även domen i målet Eind (ovan fotnot 4), punkt 38.

108 — Se, exempelvis, domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 36), punkt 90, beslut av den 19 december 2008 i mål C-551/07, Sahin (REG 2008, s. I-10453), punkt 28 och domen i de förenade målen O. och S. (ovan fotnot 16) punkt 54.

där. Om dessa omständigheter kan bekräftas (vilket det naturligtvis ankommer på den hänskjutande domstolen att göra) följer att O enligt unionsrätten har rätt att lagligen uppehålla sig i Nederländerna. Denna rätt är dock varken ovillkorlig eller absolut. Den är föremål för de villkor och begränsningar som anges i direktiv 2004/38 på samma sätt som O:s tidigare rätt att uppehålla sig i Spanien.

– B

145. Referensperson B utövade sin rätt till fri rörlighet och bosatte sig troligen i Belgien för att där kunna bo tillsammans med sin (vad som då var hans) partner. (Huruvida referensperson B sökte arbete i Belgien är oklart och något som det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.) Eftersom B vid den aktuella tidpunkten bara var partner till referensperson B omfattades B emellertid inte av tillämpningsområdet för artikel 3.2 i direktiv 2004/38 och kunde därför inte utnyttja referensperson B:s närvaro i landet för att med stöd av unionsrätten åberopa uppehållsrätt i Belgien. Huruvida referensperson B bosatte sig, eller inte bosatte sig, i Belgien är därför inte avgörande för B:s anspråk på rätten att uppehålla sig i Nederländerna.

146. Inte heller är det relevant för de syften som anges i artikel 21.1 FEUF att referensperson B levde tillsammans med eller besökte B i Marocko efter att de hade gift sig, eftersom nämnda artikel endast garanterar rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom Europeiska unionen.

147. Vidare förefaller det inte heller finnas någon koppling mellan beslutet att neka B uppehållsrätt i Nederländerna och referensperson B:s utövande av de rättigheter som garanteras enligt artikel 21.1 FEUF. Allt utövande av sådana rättigheter upphörde vid en tidpunkt då det ännu inte fanns något familjeband mellan B och referensperson B.

148. Enbart den omständigheten att det har förflutit en viss tid mellan det att referensperson B återvände till Nederländerna och B:s ankomst påverkar emellertid inte B:s anspråk på härledd uppehållsrätt, förutsatt att beslutet att ansluta sig till referensperson B i Nederländerna fattades inom ramen för utövandet av deras rätt till familjeliv.¹⁰⁹

– S

149. Referensperson S är inte en ”medborgare i en medlemsstat som har använt sig av rätten till fri rörlighet för arbetstagare och som har förvärvsarbetat i en annan medlemsstat än den där [han] är [bosatt], oavsett bosättningsort och nationalitet”.¹¹⁰ Han är anställd i den medlemsstat där han är bosatt och medborgare, och när han beger sig till Belgien och andra medlemsstater får han inte tillträde till arbetsmarknaden i dessa länder.¹¹¹ Han är varken en utstationerad arbetstagare¹¹² eller korsar gränser för att tillhandahålla tjänster i Belgien i den mening som avses i artikel 56 FEUF. Det är snarare hans arbetsgivare som via referensperson S tillhandahåller tjänster i andra medlemsstater.

150. Faktum kvarstår dock att referensperson S utövar sin rätt till fri rörlighet i samband med en ekonomisk verksamhet (sin anställning i Nederländerna), vars resultat (vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera) bidrar till hans familjs välfärd. Alternativkostnaden för denna typ av anställning är hans behov av barnomsorg för sin son. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida han skulle behöva barnomsorg (och om så är fallet, i vilken omfattning) om han endast arbetade i Nederländerna.

109 — Se ovan punkterna 141 och 142.

110 — Dom av den 13 december 2012 i mål C-379/11, Caves Krier Frères, punkt 25 och där angiven rättspraxis.

111 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93 Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-59), punkt 21 och där angiven rättspraxis.

112 — Se artikel 1.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, 1997, s. 1).

151. Vad kan sägas om de övriga två variabler som identifierades ovan,¹¹³ det vill säga familjeband och orsakssamband?

152. Vad gäller familjebandet mellan S och referensperson S har den hänskjutande domstolen funnit att S är en underhållsberättigad familjemedlem i rakt uppstigande led i den mening som avses i artikel 2.2 d i direktiv 2004/38. Det konstaterandet innebär att den nationella domstolen anser att referensperson S materiellt försörjer S (mot bakgrund av domstolens restriktiva tolkning av begreppet underhållsberättigad i direktiv 2004/38). Referensperson S förefaller i sin tur vara beroende av S, eftersom S tar hand om hans son medan han utövar rätten till fri rörlighet i samband med sin anställning.

153. Rechtbank, som ursprungligen prövade talan mot ministeriets beslut, förefaller inte ha ansett denna omständighet relevant eftersom hans son antingen kunde ha tagits om hand av hustrun till referensperson S (som också är bosatt i Nederländerna) eller av professionella tillhandahållare av barnomsorgstjänster.

154. Mot bakgrund av ovanstående har den nationella domstolen preliminärt funnit att om S inte tilläts att uppehålla sig i Nederländerna skulle detta inte försämra referensperson S möjligheter att utöva rätten till fri rörlighet. För att fastställa huruvida det verkligen inte finns något rimligt orsakssamband mellan de två faktorerna måste den hänskjutande domstolen pröva huruvida ett beslut att neka S uppehållsrätt skulle leda till att referensperson S tvingas söka annan anställning, som inte skulle innefatta utövandet av rätten till fri rörlighet, eller att han tillsammans med sin familj, inbegripet S, skulle tvingas att flytta till en annan medlemsstat.

– G

155. Referensperson G är gränsarbetare och behöll denna ställning efter sitt giftermål i Peru med G, som han har barn ihop med. Som äkta makar måste G och referensperson G antas vara rättsligt, materiellt och känslomässigt beroende av varandra. Referensperson G:s anställning i en annan medlemsstat förefaller relevant för det familjebandet.

156. Ett beslut att neka G uppehållsrätt i Nederländerna skulle kunna tvinga referensperson G, som vill bo tillsammans med G, att bosätta sig i Belgien (för att med stöd av direktiv 2004/38 kunna bo tillsammans med G) och således tvinga honom att bli en gränsarbetare bosatt i en annan medlemsstat. Det skulle utgöra en inskränkning av hans val att vara gränsarbetare – som emellertid är en ekonomisk frihet som garanteras genom artikel 45 FEUF.

157. Huruvida det skulle tvinga honom att upphöra att arbeta utomlands är mindre säkert. Även utan att ta hänsyn till att han genom ett sådant beslut skulle gå miste om de ekonomiska medel med vilka han försörjer sin familj, inbegripet G, skulle det inte stärka G:s uppehållsrättsliga ställning i Nederländerna.

Efterord

158. Oavsett om domstolen håller med om den analys som jag redogjort för ovan uppmanar jag domstolen att utnyttja möjligheten att genom förevarande två begäranden om förhandsavgörande ge tydlig och strukturerad vägledning beträffande under vilka omständigheter en tredjelandsmedborgare – som är familjemedlem till en unionsmedborgare som är bosatt i sin ursprungsmedlemsstat men som *utövar* rätten till fri rörlighet – kan åberopa unionsrätten för att göra anspråk på härledd uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten.

113 — Se ovan punkt 122.

Förslag till avgörande

159. Mot bakgrund av ovan anförda överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Raad van State på följande sätt:

I mål C-456/12, O:

- 1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier är inte direkt tillämpligt på unionsmedborgare som återvänder till den medlemsstat där de är medborgare. Den medlemsstat där de är medborgare får emellertid inte ge sådana unionsmedborgare mindre förmånlig behandling än den behandling som de enligt unionsrätten hade haft rätt till i den medlemsstat från vilken de återvände till sin ursprungsmedlemsstat. I direktiv 2004/38 fastställs följaktligen indirekt den minimistandard som behandlingen av en återvändande unionsmedborgare och hans familj måste uppfylla i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare.
- 2) I unionsrätten ställs inga krav på att en unionsmedborgares vistelse i en annan medlemsstat ska ha haft en viss minimilängd för att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgaren ska kunna göra anspråk på härledd uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren är medborgare och till vilken vederbörande sedan återvänder.
- 3) En unionsmedborgare utövar sin rätt att uppehålla sig i en annan medlemsstat om unionsmedborgaren gör den medlemsstaten till varaktigt centrum för sina intressen. Förutsatt att detta villkor, efter att ha beaktat alla relevanta fakta, anses uppfyllt är det i detta sammanhang irrelevant huruvida nämnda unionsmedborgare behåller en annan form av bosättning någon annanstans eller huruvida unionsmedborgarens fysiska närvaro i ursprungsmedlemsstaten regelbundet eller oregelbundet avbryts.
- 4) Om det förflyter en viss tid mellan det att unionsmedborgaren återvänder till den medlemsstat där han är medborgare och den tidpunkt då en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare ankommer till den medlemsstaten, går inte familjemedlemmens rätt till härledd uppehållsrätt i den medlemsstaten förlorad, förutsatt att beslutet att ansluta sig till unionsmedborgaren fattas inom ramen för utövandet av deras rätt till familjeliv.

I mål C-457/12, S:

Om en unionsmedborgare som är bosatt i sin ursprungsmedlemsstat utövar rätten till fri rörlighet i samband med sin anställning, beror rätten för hans familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare att uppehålla sig i den medlemsstaten på hur nära familjeband de har med unionsmedborgaren och på orsakssambandet mellan familjens bosättningsort och unionsmedborgarens utövande av sin rätt till fri rörlighet. Framför allt ska familjemedlemmarna ha rätt att uppehålla sig i landet om ett beslut att neka en sådan rättighet skulle tvinga unionsmedborgaren att söka ett annat arbete som inte skulle innefatta utövandet av rätten till fri rörlighet eller skulle tvinga honom att flytta till en annan medlemsstat. I det avseendet är det irrelevant huruvida unionsmedborgaren är en gränsarbetare eller utövar sin rätt till fri rörlighet för att fullgöra ett anställningsavtal som har ingåtts med en arbetsgivare i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare och bosatt.