FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 27. april 2006 [1]

I — Indledning

1. Denne sag rejser på ny det følsomme spørgsmål om de betingelser, under hvilke unionsborgeres familiemedlemmer, der kommer fra et land uden for Fællesskabet, kan kræve opholdsret i en medlemsstat. Det drejer sig navnlig om, hvorvidt disse personer skal opholde sig lovligt i Den Europæiske Union, før de kan kræve de rettigheder, de nyder i henhold til afledt fællesskabsret, således som Domstolen fastslog i Akrich-sagen [2], eller om det derimod er tilstrækkeligt, at de kan dokumentere et slægtskab med en unionsborger, som Domstolen fastslog i MRAX-sagen [3]?

2. I mit forslag til afgørelse i Akrich-sagen nævnede jeg det grundlæggende dilemma, der ligger i disse personers retslige status og rettigheder. På den ene side afleder unionborgeres slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere, rettigheder af retsreglerne om den frie bevægelighed for personer inden for Fællesskabet. På den anden side har medlemsstaterne, i mangel af en fuldstændig harmonisering på indvandringsområdet, kompetence til at fastsætte bestemmelser om tredjelandsstatsborgers første indrejse på deres område, og følgelig på Unionens område.

3. Det samme dilemma opstår i den foreliggende sag, om end i en helt anden faktuel sammenhæng end i Akrich-sagen. Der er således forskelle for så vidt angår den måde, hvorpå Akrich og Yunying Jia indrejste i den pågældende medlemsstat, andre familierelationer, adfærden hos den tredjelandsstatsborger, der gør sin opholdsret gældende, og de relevante fællesskabsretlige bestemmelser.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607.

3 — Dom af 25.7.2002, sag C-459/99, MRAX, Sml. I, s. 6591.

II — Relevante fællesskabsbestemmelser

4. Den foreliggende sag fokuserer på de rettigheder, som tredjelandsstatsborgere i slægtskab med unionsborgere, der har gjort brug af deres etableringsret i medfør af artikel 43 EF, udleder af direktiv 73/148[4]. Følgende bestemmelser i det pågældende direktiv er relevante i denne sammenhæng.

Artikel 1:

»1. Medlemsstaterne ophæver i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv rejse- og opholdsbegrænsningerne:

a) for en medlemsstats statsborgere, der har etableret sig eller ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller udføre en tjenesteydelse dér

[...]

d) for personer, som er beslægtede i op- og nedstigende linje med disse statsborgere og deres ægtefæller, og som forsørges af dem, uden hensyn til nationalitet.«

Artikel 3:

»1. Medlemsstaterne tillader, at de i artikel 1 nævnte personer rejser ind på deres område alene mod forevisning af et gyldigt identitetskort eller pas.

2. Hverken indrejsevisum eller nogen tilsvarende forpligtelse kan kræves undtagen for familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat. Medlemsstaterne skal yde disse personer enhver lettelse med henblik på at opnå de fornødne visa.«

Artikel 4, stk. 3:

»Såfremt et familiemedlem ikke er statsborger i en medlemsstat, udstedes der til

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

vedkommende en opholdstilladelse med samme gyldighed som for den arbejdstager, som han er knyttet til.«

Artikel 8:

»Medlemsstaterne kan kun fravige dette direktiv, når det er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed.«

Artikel 6:

»For udstedelsen af opholdstilladelsen og opholdsbeviset kan medlemsstaten kun kræve af ansøgeren:

a) at han foreviser det dokument, hvorpå han er rejst ind på dens område

b) at han godtgør at være omfattet af en af de i artiklerne 1 og 4 omhandlede kategorier.«

III — Sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

5. Sagsøgeren i hovedsagen, Yunying Jia, er kinesisk statsborger, født i 1940 og nu pensioneret. Hendes søn, Shenzhi Li, der ligeledes er kinesisk statsborger, er gift med Svanja Schallehn, som er tysk statsborger. Svanja Schallehn driver eget rejsebureau i Sverige. Ægteparret har været lovligt bosat i Sverige siden 1995 og har begge en opholdstilladelse, der er gyldig indtil den 3. juli 2006.

6. Yunying Jia blev den 2. maj 2003 bevilliget et besøgsvisum af den svenske ambassade i Bejing, som var gyldigt for én indrejse i Schengen-staterne med henblik på besøg af en varighed på højst 90 dage, og som udløb den 21. august 2003. Yunying Jia indrejste i Schengen-staterne via lufthavnen i Stockholm/Arlanda den 13. maj 2003 med sit eget

nationale pas og besøgsvisum. Umiddelbart inden udløbet af sit visum ansøgte Yunying Jia om opholdstilladelse hos Migrationsverket (den svenske immigrationsmyndighed) og gjorde til støtte herfor gældende, at hun er beslægtet med en unionsborger.

7. Til støtte for ansøgningen henviste Yunying Jia til sin økonomiske situation i Kina. Hun og ægtefællen oppebærer pension fra Kina på ca. 1 000-1 100 svenske kroner (SEK) om måneden (ca. 110-120 EUR), hvilket ikke er tilstrækkelig til egen forsørgelse. Da det ikke er muligt at få økonomisk bistand fra de kinesiske myndigheder, ville de ikke kunne klare sig uden økonomiske bidrag fra sønnen og dennes hustru. Yunying Jia har fremlagt bevis for slægtskab mellem sig og sønnen fra Bejing Notary Public Office samt bekræftelse fra China Forestry Publishing House af, at hun forsørges økonomisk af sin søn og svigerdatter.

8. Den 7. april 2004 besluttede Migrationsverket at afslå Yunying Jias ansøgning om opholdstilladelse, og man fastslog, at hun skulle tilbagesendes til sit hjemland eller sendes til et andet land, såfremt hun godtgjorde, at et andet land vil tage imod hende. Migrationsverket fandt, at for at godtgøre, at der er tale om forsørgelse, skal der forevises et dokument udfærdiget af den kompetente myndighed i hjemlandet, som bekræfter, at ansøgeren er afhængig af sin i Sverige boende slægtning for sin forsørgelse. Den af Yunying Jia fremlagte bekræftelse var ikke udfærdiget af en kompetent myndighed. Den blotte omstændighed, at hendes søn sender penge og hjælper hende i andre sammenhænge, kunne ikke anses for en tilstrækkelig begrundelse for at antage, at hun er økonomisk afhængig af sin søn i et omfang, som loven kræver. Det forhold, at Yunying Jias levestandard ville være højere i Sverige, kan heller ikke anses for at indebære, at der er tale om forsørgelse.

9. Yunying Jia har den 14. maj 2004 påklaget Migrationsverkets afgørelse til Utlänningsnämnden (appelinstansen for immigrationssager).

10. Yunying Jias ægtefælle, Yupu Li, blev af Migrationsverket den 3. september 2003 tildelt et visum gyldigt for en indrejse i Sverige og for ophold i højst 180 dage. Han ansøgte om opholdstilladelse på samme grundlag som Yunying Jia den 10. marts 2004. Hans ansøgning blev afslået af Migrationsverket den 17. september 2004. Yupu Li har påklaget denne afgørelse til Utlänningsnämnden.

11. Efter Migrationsverkets afslag på Yunying Jias ansøgning om opholdstilladelse har hun indgivet klage til Europa-Kommissio-

nen. I en skrivelse af 7. maj 2004 til Sveriges Faste Repræsentation ved Den Europæiske Union har Kommissionen anført, at Migrationsverkets beslutning ikke ses at være i overensstemmelse med artikel 1, stk. 1, litra d), og artikel 4, stk. 3, i direktiv 73/148, artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder (herefter »EMRK«) og Domstolens retspraksis, navnlig MRAX-sagen [5]. Efter Kommissionens opfattelse er Yunying Jia derfor berettiget til at opnå opholdstilladelse med samme gyldighedsperiode som den, der er udstedt til hendes tyske svigerdatter og hendes kinesiske søn.

12. Som svar på Kommissionens skrivelse har Migrationsverket bemærket, at begrebet »forsørgelse« indebærer, at der skal være et egentligt behov for penge eller andre bidrag, som kontinuerligt ydes af slægtningene i medlemsstaten, og at det er behovet for forsørgelse i hjemlandet, der er afgørende, ikke blot behovet for forsørgelse i tilfælde af en eventuel flytning til medlemsstaten. Behovet for forsørgelse skal også godtgøres ved fremlæggelse af en bekræftelse eller andre dokumenter, helst en bekræftelse på forsørgelse udstedt af hjemlandets myndigheder. Den omstændighed, at unionsborgeren eller dennes ægtefælle påtager sig at forsørge sine forældre, er ikke tilstrækkeligt til, at der kan antages at foreligge den form for forsørgelse, der kræves med henblik på opholdstilladelse. Den svenske regering har i skrivelse af 21. juni 2004 til Kommissionen redegjort for dette synspunkt.

13. I forelæggelseskendelsen ønsker Utlänningsnämnden oplyst, om Domstolens afgørelse i Akrich-sagen [6] — hvorefter tredjelandsstatsborgere lovligt skal opholde sig i Fællesskabet med henblik på at nyde de i artikel 10 i forordning nr. 1612/68 indeholdte rettigheder — finder anvendelse under andre omstændigheder end i de i den pågældende sag omhandlede. Med andre ord, er denne dom udtryk for et almengyldigt princip, der indebærer, at den ret til indrejse og ophold, som et familiemedlem, der er tredjelandsstatsborger, indrømmes i medfør af EF-traktaten og afledt ret, først gælder i det øjeblik, hvor tredjelandsstatsborgeren opholder sig lovligt i en medlemsstat i overensstemmelse med national lovgivning og herfra følger med eller slutter sig til en unionsborger, der udøver sin ret til fri bevægelighed, ikke kun som arbejdstager, men som selvstændig. Endvidere rejser Akrich-dommen det grundlæggende spørgsmål, hvilken betydning der må tillægges begrebet »lovligt ophold«. Utlänningsnämnden ønsker yderligere oplyst, hvad der forstås med faktisk forsørgelse, og hvorvidt der i henhold til artikel 6 i direktiv 73/148 ud over

5 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

6 — Nævnt ovenfor i fodnote 2.

en bekræftelse på slægtskab ligeledes kan kræves bevis for, at der er tale om forsørgelse.

14. På denne baggrund har Utlänningsnämnden besluttet at udsætte sagen og i henhold til artikel 234 EF forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1a) Skal artikel 10 i forordning nr. 1612/68/EØF — i lyset af dommen i sag C-109/01 — fortolkes således, at en tredjelandsstatsborger, der er beslægtet med en arbejdstager som omhandlet i direktivet, skal opholde sig lovligt inden for Fællesskabet for at han/hun har ret til ophold sammen med arbejdstageren — og skal artikel 1 i direktiv 73/148/EØF da tilsvarende fortolkes således, at retten til ophold for en unionsborgers slægtning, som er tredjelandsstatsborger, forudsætter, at tredjelandsstatsborgeren opholder sig lovligt inden for Fællesskabet?

1b) Såfremt direktiv 73/148/EØF skal fortolkes således, at det er en forudsætning for, at en unionsborgers slægtning, som er tredjelandsstatsborger, skal kunne påberåbe sig en opholdsret i medfør af direktivet, at han/hun lovligt opholder sig inden for Fællesskabet, indebærer det da, at slægtningen skal være i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse, som gælder for eller er udstedt med henblik på bosættelse i en af medlemsstaterne? Såfremt der ikke er givet en opholdstilladelse til bosættelse, er det da tilstrækkeligt med en opholdstilladelse udstedt til andet formål for et kortere eller længere ophold, eller er det således som det er tilfældet i den sag, der foreligger for Utlänningsnämnden, tilstrækkeligt, at den slægtning, der ansøger om opholdstilladelse, er i besiddelse af et gyldigt visum?

1c) Såfremt en unionsborgers slægtning, der er tredjelandsstatsborger, ikke kan gøre en opholdsret gældende i medfør af direktiv 73/148/EØF, fordi han/hun ikke opholder sig lovligt inden for Fællesskabet, indebærer det da en begrænsning af unionsborgerens etableringsfrihed i henhold til artikel 43 EF, hvis det afslås at give slægtningen opholdstilladelse med henblik på bosættelse?

1d) Såfremt en unionsborgers slægtning, som er tredjelandsstatsborger, ikke kan gøre en opholdsret gældende i medfør af direktiv 73/148/EØF, fordi han/hun ikke opholder sig lovligt inden for Fællesskabet, indebærer det da en begrænsning af unionsborgerens etableringsfrihed i henhold til artikel 43 EF,

hvis unionsborgerens slægtning udvises fra landet, fordi en ansøgning om national opholdstilladelse ikke kan imødekommes efter indrejsen til Sverige?

2a) Skal artikel 1, litra d), i direktiv 73/148/EØF fortolkes således, at der med »forsørgelse« menes, at unionsborgerens slægtninge er økonomisk afhængige af unionsborgeren for at kunne opnå den acceptable mindste levestandard i sit hjemland eller det land, hvor han/hun stadig er bosat?

2b) Skal artikel 6, litra b), i direktiv 73/148/EØF fortolkes således, at medlemsstaterne kan kræve, at en unionsborgers slægtning, som gør gældende, at han/hun forsørges af unionsborgeren eller dennes ægtefælle, fremviser dokumenter ud over en erklæring fra unionsborgerens side, som viser, at der er tale om faktisk forsørgelse?«

15. Der er afgivet skriftlige indlæg af Yunying Jia, den belgiske, slovakiske, svenske, nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen. Med undtagelse af den belgiske og slovakiske regering har disse ligeledes afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 21. februar 2006.

IV — Indlæg fra parterne og intervenienterne

A — *Utlänningsnämndens status i henhold til artikel 234 EF*

16. Inden drøftelsen af Utlänningsnämndens spørgsmål har den svenske regering redegjort for, hvorfor den finder, at dette organ må anses for en »ret« i den i artikel 234 EF omhandlede betydning og derfor er kompetent til, i henhold til denne bestemmelse, at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse. Regeringen påpeger, at Utlänningsnämnden er et administrativt organ med domstolslignende beføjelser, der behandler appeller af afgørelser fra Migrationsverket. Det er indført ved lov og er permanent, ligesom dets formand og næstformand skal være jurister med retslig erfaring. Proceduren og de væsentligste regler er fastsat ved lov. Dets afgørelser er bindende og kan ikke appelleres. Retsforhandlingerne er kontradiktoriske. Utlänningsnämnden skal overholde princippet om, at alle er lige for retten, samt sikre

upartiskhed og objektivitet. Det træffer sine beslutninger uafhængigt, skønt det har mulighed for at henvise visse sager til regeringen under omstændigheder fastsat i loven.

B — *Kravet om lovligt ophold (spørgsmål 1a-1d)*

17. Yunying Jia forsøger at skelne sin sag fra Akrich-sagen ved at præcisere, at hun, da hun ansøgte om opholdstilladelse, var i besiddelse af et gyldigt visum, og at hun aldrig var blevet udvist fra Sverige. I henhold til svensk ret havde hun ret til at forblive på svensk område i den tid, hvor hendes ansøgning blev behandlet. Hun bemærker dog, at de relevante fællesskabsbestemmelser under alle omstændigheder ikke stiller noget krav om ophold. Artikel 6 i direktiv 73/148 kræver ikke, at ansøgeren skal være i besiddelse af et visum for at kunne ansøge om opholdstilladelse. Der kan ansøges om en sådan tilladelse selv efter indrejsen til den pågældende medlemsstats område. Yunying Jia gør gældende, at et afslag på opholdstilladelse i en sag som hendes udgør en overtrædelse af artikel 43 EF.

18. Den svenske og slovakiske regering samt Kommissionen deler i det store hele dette synspunkt. Efter deres opfattelse er muligheden for, at familiemedlemmer til en unionsborger, der har udøvet sin ret til fri bevægelighed, påberåber sig retten til ophold, ikke underlagt noget krav om et forudgående lovligt ophold. Direktiv 73/148 indeholder intet krav herom. Domstolens afgørelse i Akrich-sagen bør fortolkes restriktivt og skal forklares ved den pågældende sags særlige omstændigheder. Et krav om, at familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, og som rejser direkte til en medlemsstat fra et tredjeland, skal have opholdstilladelse i unionsborgerens hjemstat, ville udgøre en ubegrundet hindring af sidstnævntes ret til fri bevægelighed og ville være i strid med formålet med artikel 43 EF og direktiv 73/148. Som Domstolen fastslog i MRAX-dommen, følger den ret til indrejse på medlemsstaternes område, der gives en tredjelandsstatsborger, som er ægtefælle til en statsborger i en medlemsstat, alene af den familiemæssige tilknytning. Følgelig foreslår disse parter at besvare det første spørgsmål benægtende.

19. Den nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering er af modsat opfattelse. Den nederlandske regering sondrer mellem indvandring af tredjelandsstatsborgere til Fællesskabet og »videre vandring« (»doormigratie«) til en anden medlemsstat inden for Fællesskabet. Hvor sidstnævnte stort set stadig henhører under Fællesskabets kompetence, henhører førstnævnte under national kompetence. Efter denne opfattelse er medlemsstaterne ansvarlige for, på grundlag af en individuel vurdering, den første

tilladelse til tredjelandsstatsborgeres indrejse i Fællesskabet. I denne sammenhæng skal de overholde deres forpligtelser efter artikel 8 i menneskerettighedskonventionen. Fællesskabsretten bør ikke fortolkes således, at tredjelandsstatsborgere, der ikke har en gyldig opholdstilladelse, kan undgå, at de nationale regler om indvandring anvendes på dem. Begge regeringer gør gældende, at det i Akrich-sagen fastslåede krav om lovligt ophold som en nødvendig forudsætning for, at disse statsborgere kan gøre de rettigheder gældende, som artikel 10 i forordning nr. 1612/68 giver dem, ligeledes gælder i forbindelse med direktiv 73/148. Dette direktiv vedrører ikke adgangen til medlemsstaternes områder fra lande uden for Fællesskabet. Henset til, at direktivets formål er at lette bevægeligheden inden for Fællesskabet, kan det ikke i den foreliggende sag antages, at afslaget på opholdstilladelse til Yunying Jia havde en afskrækkende virkning på hendes svigerdatter i henseende til hendes udøvelse af de rettigheder, der følger af artikel 43 EF.

20. Hvad angår »lovligt ophold« finder den nederlandske regering, at dette begreb under alle omstændigheder henviser til situationer, hvor tredjelandsstatsborgere er i besiddelse af en tilladelse til familiesammenføring med en unionsborger, er langtidsbosiddende eller har en lignende status. Derimod omfatter det ikke personer, der ikke har noget visum, eller som kan blive i en medlemsstat, mens ansøgningen om opholdstilladelse behandles. At tillade fri bevægelighed inden for Fællesskabet til personer i sådanne situationer ville være ensbetydende med, at en medlemsstat skal tillade indrejse til tredjelandsstatsborgere, uden at disse har været genstand for en individuel vurdering. Det kan ikke have været fællesskabslovgivers hensigt. Det Forenede Kongeriges regering anlægger en strengere holdning og gør gældende, at »lovligt ophold« må afgøres efter national ret. Direktiv 73/148 kan ikke give en tredjelandsstatsborger en bedre ret end den, han tildeles i en anden medlemsstat.

C — Kravet om forsørgelse (spørgsmål 2a og 2b)

21. Yunying Jia mener, at udtrykkene »forsørgelse« og »den acceptable mindste levestandard« er forbundne. Ifølge hende medfører »forsørgelse«, at den person, der har opholdstilladelse, rent faktisk påtager sig ansvaret for et familiemedlem. Hun gør gældende, at hun på tilstrækkelig vis har dokumenteret, at hun reelt forsørges af sin søn og svigerdatter.

22. Den svenske regering finder, at forsørgelsen skal ses i lyset af situationen i oprindelseslandet, og at der dér skal være et reelt behov for regelmæssig økonomisk hjælp. I modsat fald vil denne bestemmelse, fastsat i artikel 1, stk. 1, litra d), i direktiv 73/148, blive berøvet enhver virkning, idet den har til formål at begrænse antallet af familiemedlemmer, der kan tage ophold hos

den vandrende unionsborger. Denne betingelse blev ligeledes udtrykkeligt opretholdt i direktiv 2004/38 [7]. Forsørgersituationen skal vurderes i en given sag på baggrund af konkrete og objektive omstændigheder. Medlemsstaterne kan kræve dokumentation for en forsørgersituation, navnlig ifølge en analogi med artikel 4, stk. 3, litra e), i direktiv 68/360 [8], i form af fremlæggelse af et dokument udstedt af den kompetente myndighed i oprindelseslandet. En simpel erklæring fra den unionsborger, der forsørger familiemedlemmet, er ikke tilstrækkelig. Dette synspunkt støttes af den belgiske og den slovakiske regering samt Det Forenede Kongeriges regering.

23. Kommissionen derimod gør gældende, at spørgsmålet, om der foreligger økonomisk forsørgelse, skal vurderes i den medlemsstat, hvor unionsborgeren har bopæl. Såfremt oprindelseslandet for familiemedlemmet, der er tredjelandsstatsborger, var udgangspunktet, ville det i væsentligt omfang begrænse det antal personer, som kunne familiesammenføres med en unionsborger, og ville begrænse deres ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet. Om denne forsørgelse er tilstrækkelig til at sikre en acceptabel levestandard i medlemsstaten, er ikke relevant, eftersom det eneste gyldige kriterium er den økonomiske forsørgelse. Hvad angår den dokumentation, der skal fremlægges, mener Kommissionen, at medlemsstaterne skal acceptere enhver form for dokumentation, som kan vise, at der er tale om økonomisk forsørgelse. Da en sådan dokumentation kan være vanskelig at fremskaffe på tidspunktet for ansøgningen om ophold, er det eneste bevis, der kan accepteres på dette tidspunkt, et tilsagn fra unionsborgeren eller dennes ægtefælle om at forsørge det pågældende familiemedlem. Her i sagen finder Kommissionen, at Yunying Jia må anses for at blive forsørget af hendes søn eller svigerdatter.

V — Om sagen kan antages til realitetsbehandling

24. Ved at drøfte Utlänningsnämndens status i henhold til artikel 234 EF har den svenske regering implicit rejst spørgsmål om, hvorvidt de af dette organ forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

25. Domstolens kriterier for at bedømme, om det organ, der foretager en præjudiciel forelæggelse, er en ret som omhandlet i artikel 234 EF, ligger fast. Disse omfatter faktorer, såsom hvorvidt organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kon-

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF, EUT L 158, s. 77.

8 — Rådets direktiv 68/360/EØF af 15.10.1968 om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabets for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer, EFT 1968 II, s. 477.

tradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelser på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt [9]. På grundlag af den svenske regerings oplysninger er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at Utlänningsnämnden opfylder disse kriterier. Det ser ligeledes ud til, at den kan sammenlignes med det organ, hvad angår status og organisation, der foretog den præjudicielle forelæggelse i Abrahamsson-sagen [10], som Domstolen anså for en ret i henhold til artikel 234 EF. Følgelig kan spørgsmålene antages til realitetsbehandling.

VI — Problemet set i en større kontekst

A — *Indledning*

26. Som det var tilfældet i Akrich-sagen, illustrerer Yunying Jias sag den grundlæggende spænding, der gør sig gældende for så vidt angår retsstillingen for tredjelandsstatsborgere, som er i familie med unionsborgere. Denne spænding skyldes dels medlemsstaternes kompetence på indvandringsområdet, dels fællesskabsbestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed inden for Fællesskabet. En medlemsstats kompetence på indvandringsområdet medfører, at en tredjelandsstatsborgers første tilladelse til indrejse på dens område og på Den Europæiske Unions område er genstand for en individuel vurdering af den pågældende person. Derimod giver de gældende fællesskabsbestemmelser om fri bevægelighed for personer ret til indrejse og ophold for ægtefæller samt visse familiemedlemmer til unionsborgere, der udøver deres ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, uden hensyn til familiemedlemmernes nationalitet.

27. I Akrich-dommen ses Domstolen at have løst dette problem ved at fastslå, at forordning nr. 1612/68 kun omfatter den frie bevægelighed inden for Fællesskabet, men den er tavs for så vidt angår rettigheder med hensyn til adgang til Fællesskabets område for en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger. Domstolen fastslog dernæst, at for at blive omfattet af de rettigheder, der indrømmes sådanne tredjelandsstatsborgere, skal den pågældende person opholde sig lovligt i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter eller er flyttet til [11]. Efter således at have afgrænset de nationale og fællesskabsretlige kompetencer fastlagde Domstolen de omstændigheder, under hvilke denne nationale kompetence kunne udøves, ved at henvise til retten til beskyttelse af familielivet som fastlagt i artikel 8 i menneskerettighedskonventionen.

9 — Jf. bl.a. dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen (født Gobbels), Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref.: Rec. s. 377, af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9, af 17.9.1997, C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, og af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, præmis 24.

10 — Dom af 6.7.2000, sag C-407/98, Abrahamsson, Sml. I, s. 5539, jf. præmis 28-38.

11 — Nævnt ovenfor i fodnote 2, i dommens præmis 49 og 50.

28. Denne dom står i kontrast til andre domme, såvel tidligere som senere, hvori Domstolen utvetydigt fastslog, at retten for tredjelandsstatsborgere, der er ægtefælle til en statsborger i en medlemsstat, til indrejse på medlemsstaternes område og retten til at opholde sig dér, udelukkende er baseret på den familiemæssige tilknytning [12].

dette problem. Herved skal der ligeledes henvises til nyere fællesskabslovgivning, der er vedtaget på området for indrejsetilladelse for tredjelandsstatsborgere til Unionen.

B — *Afgrænsning af kompetence*

29. Der er derfor stadig en vis forvirring vedrørende omfanget af medlemsstaternes kompetence i relation til at tillade indrejse til tredjelandsstatsborgere, der er i familie med unionsborgere, som har udøvet eller ønsker at udøve deres ret til fri bevægelighed. Det er navnlig uklart, om Domstolens ræsonnement i Akrich-dommen kan forklares ved den pågældende sags særlige omstændigheder, eller om den i dommen fastslåede regel finder anvendelse i almindelighed. Situationen kompliceres yderligere af spørgsmålet, om medlemsstaterne *rent fællesskabsretligt* skal overholde retten til familieliv i henhold til artikel 8 i menneskerettighedskonventionen. Efter min opfattelse er det derfor nødvendigt at anskue spørgsmålet i Yunying Jias sag i en bredere sammenhæng og søge en løsning, der er brugbar for de nationale myndigheder og retter samt forenelig med kompetencefordelingen på indvandringsområdet. For at finde en sådan løsning skal der foretages en grundig overvejelse af flere juridiske parametre, som har relevans for

30. Det første af disse juridiske parametre vedrører kompetencefordelingen i henseende til indvandring til Unionen samt bevægelighed og færden inden for Unionen for tredjelandsstatsborgere, herunder familiemedlemmer til unionsborgere, der har udøvet deres ret til fri bevægelighed. Artikel 3 EF, som opregner de aktiviteter, der skal varetages af Fællesskabet med henblik på at nå de i artikel 2 EF nævnte mål, sondrer tydeligt mellem de interne og eksterne komponenter af den frie bevægelighed for personer. Mens artikel 3, stk. 1, litra c), EF indebærer oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne, indebærer artikel 3, stk. 1, litra d), EF indførelse af foranstaltninger vedrørende personers indrejse og færden som fastlagt i afsnit IV om visum, asyl, indvandring og andre politikker i forbindelse med den frie bevægelighed for personer.

12 — MRAX-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 59, og dom af 14.4.2005, sag C-157/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2911, præmis 28.

31. Det interne aspekt reguleres fuldt ud af fællesskabsretten. Fri bevægelighed for unionsborgere — dvs. personer med statsborgerskab i en af medlemsstaterne — inden for medlemsstaternes område sikres på traktatniveau ved den kombinerede virkning af artikel 18 EF, 39 EF, 43 EF og 49 EF, der alle har direkte virkning, og afledt fællesskabsret vedtaget med henblik på at gennemføre disse bestemmelser, navnlig forordning nr. 1612/68, direktiv 68/360, direktiv 73/148 samt direktiv 90/364, 90/365 og 93/96 [13]. Som en naturlig følge af rettighederne for unionsborgere, der udøver erhvervsmæssig virksomhed i andre medlemsstater, giver disse fællesskabsinstrumenter ligeledes familiemedlemmer, uden hensyn til deres nationalitet, ret til at flytte og tage ophold hos den oprindelige indehaver af den ret, der tildeles i henhold til fællesskabsretten.

32. Det eksterne aspekt i denne politik, som først blev indført i EF-traktaten ved Amsterdam-traktaten (ikrafttrådt den 1.5.1999), giver derimod ikke direkte egentlige rettigheder, men derimod et hjemmelsgrundlag for et lovgivningsprogram om harmonisering af nationale regler, der bl.a. regulerer indvandring og kontrol ved Fællesskabets ydre grænser. Navnlig artikel 61, litra a), EF understreger den tætte forbindelse mellem de interne og eksterne elementer i den frie bevægelighed for personer, når den pålægger Rådet at vedtage »foranstaltninger, der skal sikre fri bevægelighed for personer i overensstemmelse med artikel 14, og i forbindelse hermed direkte tilknyttede ledsageforanstaltninger vedrørende kontrol ved de ydre grænser, asyl og indvandring [...]«. Skønt der er vedtaget adskillige foranstaltninger med henblik på at gennemføre konklusionerne fra Det Europæiske Råd i Tammerfors den 15. og 16. oktober 1999 og det deraf følgende Haager-program fra november 2004 [14], er harmoniseringen på dette område langt fra fuldstændig. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin fremgår det klart, at medlemsstaterne har kompetence i relation til hovedparten af aspekterne i indvandringslovgivningen.

33. Mere specifikt medfører dette, at det påhviler medlemsstaterne at træffe afgørelse om den første tilladelse til indrejse på deres område for tredjelandsstatsborgere i henhold til de kriterier, der er fastlagt i deres nationale lovgivninger. Det bevirker, at de alene kan give en tredjelandsstatsborger ret til indrejse efter en vurdering af den pågældende person, og dette er rent faktisk den almindelige fremgangsmåde i de fleste medlemsstater. Når der først er givet tilladelse til indrejse i en medlemsstat, der er med i Schengensamarbejdet, kan enhver person frit rejse inden for medlemsstaterne. Retten til ophold

13 — Rådets forordning 1612/68/EØF af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, EFT 1968 II s. 467, direktiv 68/360, nævnt ovenfor i fodnote 8; direktiv 73/148, nævnt ovenfor i fodnote 4, Rådets direktiv 90/364/EØF af 28.6.1990 om opholdsret, EFT L 180 af 13.7.1990 s. 26; Rådets direktiv 90/365/EØF af 28.6.1990 om opholdsret for lønmodtagere og selvstændige, der er ophørt med erhvervsaktivitet, EFT L 180, s. 28, og Rådets direktiv 93/96/EØF af 29.10.1993 om opholdsret for studerende, EFT L 317 s. 59.

14 — Begge forefindes på http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm

i en medlemsstat reguleres derimod enten af fællesskabsretten eller af national ret, afhængig af den pågældende persons nationalitet og retslige status.

34. Under visse omstændigheder kan udøvelsen af de rettigheder, som en vandrende unionsborgers slægtning, der er tredjelandsstatsborger, direkte afleder af de pågældende fællesskabsinstrumenter, gribe ind i medlemsstaternes kompetence på indvandringsområdet. Det er tilfældet, når, som i den foreliggende sag, en slægtning, der er tredjelandsstatsborger, rejser til en medlemsstat og kræver opholdstilladelse på grundlag af fællesskabsretten, skønt den pågældende person ikke på lovlig vis har fået indrejsetilladelse til denne medlemsstat med henblik på et længerevarende ophold. Under disse omstændigheder er der et klart behov for at afgrænse omfanget af de to kompetencesfærer.

35. Dette problem kan ikke løses ved en simpel anvendelse af princippet om fællesskabsrettens forrang for modstridende national ret. Det skal snarere anskues i lyset af kompetencesfærer, der eksisterer ved siden af hinanden, men dog er indbyrdes afhængige. Som det anerkendes i artikel 61, litra a) EF, er der en klar funktionel sammenhæng mellem indførelse af fri bevægelighed inden for Fællesskabet i et område uden interne grænser, som krævet ved artikel 14 EF, og forekomsten af pålidelig og sikker kontrol ved dette områdes ydre grænser. I den henseende kan der drages en parallel til den eksisterende sammenhæng mellem dels de frie varebevægelser inden for Fællesskabet og den fælles toldtarif, dels den fælles handelspolitik for varer, der indføres til Fællesskabet. Selv om de nationale bestemmelser om indvandring endnu ikke (fuldt ud) er harmoniseret, og der er forskelle og uligheder, er det klart, at indtil der er opnået en tilstrækkelig grad af harmonisering, afhænger den frie bevægelighed for personer i det indre marked, uden hensyn til deres nationalitet, af den tillid, som medlemsstaterne har til hinandens politikker og praksis hvad angår indrejsetilladelse til tredjelandsstatsborgere til deres områder.

C — Gældende fællesskabslovgivning som fortolket af Domstolen

36. Det andet punkt, som skal drøftes, vedrører det præcise omfang af rettighederne for tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til unionsborgere, som følge af fællesskabsinstrumenterne til regulering af den frie bevægelighed for arbejdstagere, selvstændige og tjenesteydere. Spørgsmålet er nærmere, om tilladelsen til indrejse- og ophold i en medlemsstat ikke alene gives uafhængigt af familiemedlemmernes nationalitet, men til-

lige uafhængigt af, om de kommer til værtsmedlemsstaten direkte fra en anden medlemsstat eller direkte fra et tredjeland.

37. Ordlyden af de bestemmelser, der giver indrejse- og opholdstilladelse til familiemedlemmer fra tredjelande, giver ikke noget utvetydigt svar på dette spørgsmål. Såvel artikel 10 i forordning nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed som artikel 1 i direktiv 73/148 om fri bevægelighed for selvstændige giver bl.a. ægtefæller til arbejdstagere og selvstændige og slægtninge i opstigende linje, når disse forsøges af denne, uanset nationalitet, ret til at tage bopæl hos en arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat og er beskæftiget på en anden medlemsstats område, eller at flytte til og tage ophold hos en borger fra en medlemsstat, der er bosat eller ønsker at bosætte sig i en anden medlemsstat for at udøve erhvervsmæssig virksomhed dér [15].

38. Som nævnt ovenfor, er Domstolens praksis på området ikke helt utvetydig. Domstolen har anlagt en såvel generøs som restriktiv tilgang til de betingelser, der skal være opfyldt, før rettighederne efter afledt fællesskabsret tildeles tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til unionsborgere, kan påberåbes.

39. Den generøse tilgang fremgik af MRAX-sagen, hvor Domstolen fastslog, at retten for tredjelandsstatsborgere, der er ægtefælle til en statsborger i en medlemsstat, til indrejse på medlemsstaternes område i overensstemmelse med fællesskabsretten, udelukkende er baseret på den familiemæssige tilknytning. Selv om artikel 3, stk. 2, i direktiv 68/360 og artikel 3, stk. 2, i direktiv 73/148 gør det muligt for medlemsstaten at betinge udøvelsen af denne ret af besiddelsen af et visum (der defineres som en tilladelse udstedt af en medlemsstat, eller en afgørelse, som er truffet af en medlemsstat [16]), bemærkede Domstolen, at disse samme betingelser forpligter medlemsstaterne til at give de pågældende personer rig adgang til at opnå visum. Hvis medlemsstaten ved sine grænser afviser en unionsborgers ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, og som ønsker at indrejse på dette område uden at være i besiddelse af et gyldigt identitetskort, pas eller visum, men som kan bevise sin identitet og familiemæssige bånd, og hvor der ikke er anledning til at tro, at den pågældende udgør nogen risiko for kravene om den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller sundhed, tilsidesætter den bl.a. artikel 3 i direktiv 68/360 og

15 — Det samme gør sig gældende for familiemedlemmer til tjenesteydere, som jeg ikke vil nævne her, for ikke at gøre hovedteksten unødvendig lang.

16 — Denne definition gives i artikel 5 i Rådets forordning (EF) nr. 2317/95 af 25.9.1995 om fastlæggelse af de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af medlemsstaternes ydre grænser, EFT L 234, s. 1.

artikel 3 i direktiv 73/148, set i lyset af proportionalitetsprincippet [17]. Dernæst fastslog Domstolen, at en korrekt fortolkning af artikel 4 i direktiv 68/360 og artikel 6 i direktiv 73/148 fører til, at en medlemsstat ikke i henhold til disse bestemmelser er berettiget til at nægte at udstede opholdstilladelse til og at udvise en tredjelandsstatsborger, som kan bevise sin identitet og sit ægteskab med en statsborger i en medlemsstat, alene med henvisning til, at vedkommende er indrejst ulovligt på den pågældende medlemsstats område [18].

40. Denne afgørelse står i skarp kontrast til Domstolens dom i Akrich-sagen, hvori den anlagde en mere restriktiv tilgang. Den pågældende sag omhandlede en marokkansk statsborger, der ulovligt opholdt sig i Det Forenede Kongerige, og som havde begået en række ulovlige handlinger under sit ophold og derfor blev udvist. Akrich vendte illegalt tilbage til Det Forenede Kongerige og giftede sig med en britisk kvinde. Efter at have arbejdet i Irland i seks måneder forsøgte ægteparret at vende tilbage til Det Forenede Kongerige, idet de påberåbte sig den ret, som tildeles ægtefæller til arbejdstagere, der er unionsborgere, i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1612/68, og som fortolket af Domstolen i Singh-dommen [19]. I den pågældende dom understregede Domstolen, at forordning nr. 1612/68 kun omfatter den frie bevægelighed *inden for* Fællesskabet. Den er tavs for så vidt angår rettigheder med hensyn til adgang til Fællesskabets område for en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger. For at blive omfattet af de rettigheder, der er fastsat i artikel 10 i forordning nr. 1612/68, skal en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger, i en sag som den i hovedsagen omhandlede derfor opholde sig lovligt i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter eller er flyttet til [20].

41. I sagen i Kommissionen mod Spanien [21], der blev afsagt mere end et år efter Akrich-dommen, anvendte Domstolen imidlertid samme tilgang som i MRAX-sagen, da den undersøgte de formaliteter, som Spanien pålagde tredjelandsstatsborgere, der var slægtninge til vandrende unionsborgere, før de kunne ansøge om opholdstilladelse. Domstolen gentog, at den ret til at rejse ind på medlemsstaternes område, som gives en tredjelandsstatsborger, der er ægtefælle til en statsborger i en medlemsstat, alene følger af den familiemæssige tilknytning. Domstolen konkluderede, at den spanske lovgivnings krav om opholdsvisum som forudgående betingelse for at kunne opnå opholdstilladelse — og dermed den omstændighed, at man nægter at udstede en opholdstilladelse til tredjelandsstatsborgere, der er familiemedlemmer til fællesskabsborgere, med den begrundelse, at de først burde have ansøgt om opholdsvisum ved det spanske konsulat på det sted, hvor de sidst havde bopæl — udgør en foranstaltning i strid med bestem-

17 — MRAX-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 59-62.

18 — MRAX-dommen, præmis 80.

19 — Dom af 7.7.1992, sag C-370/90, Singh, Sml. I, s. 4265.

20 — Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 49 og 50.

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.

melserne i direktiv 68/360, 73/148 og 90/365 [22]. Domstolen henviste ikke i afgørelsen til Akrich-dommen.

42. Der er følgelig en synlig modstrid i retspraksis, der skyldes de divergerende ræsonnementer i dels sagen MRAX og Kommissionen mod Spanien, dels Akrich-sagen. Og netop disse forskelle fik Utlänningsnämnden til at forelægge Domstolen sagen.

43. Det grundlæggende spørgsmål, som er opstået ved Akrich-sagen, er, om den i denne dom fastslåede regel alene finder anvendelse, når de nationale myndigheder har fastslået, at den pågældende tredjelandsstatsborger opholder sig ulovligt på en medlemsstats område. Det ville betyde, at bestemmelsen ikke kun finder anvendelse, når en person opholder sig lovligt i medlemsstaten, men selv når den pågældende person ikke befinder sig på en medlemsstats område på ulovlig vis. Hvis man følger Domstolens ræsonnement i MRAX-dommen, vil slægtskabet til en vandrende unionsborger i dette tilfælde være tilstrækkelig til at stifte retten til indrejse og ophold på en medlemsstats område.

44. Denne snævre fortolkning af Akrich-dommen vil kunne udledes af dommens præmis 50, hvori Domstolen udtrykkeligt henviser til »en sag som den i hovedsagen omhandlede« som værende den sammenhæng, hvori denne bestemmelse finder anvendelse. Et vink i den modsatte retning findes imidlertid i den pågældende doms foregående præmis, hvor Domstolen utvetydigt fastslog, at de gældende fællesskabsbestemmelser kun vedrører fri bevægelighed inden for Fællesskabet, og at de intet siger om indrejsen hertil.

45. På baggrund af ovenstående må det rimeligvis konkluderes, at retsstillingen hvad angår betingelserne for at tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til vandrende unionsborgere, kan påberåbe sig de rettigheder, som ved forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 indrømmes dem, ikke på nuværende tidspunkt synes helt konsistent.

D — *Familieliv og fri bevægelighed*

46. Domstolen har i sin vurdering af retten for tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til unionsborgere, til at indrejse og opholde sig på en medlemsstats område ligeledes i sin retspraksis tillagt beskyttelsen af familielivet, som sikret i artikel 8 i menneskerettighedskonvention, stor betydning.

22 — Dommens præmis 38.

47. I Carpenter-dommen [23] blev Domstolen anmodet om at udtale sig om, hvorvidt Det Forenede Kongeriges myndigheders beslutning om at udvise en filippinsk statsborger, der var blevet i landet efter udløbet af sit turistvisum og dernæst havde giftet sig med en britisk statsborger, var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Eftersom briten var tjenesteyder i andre medlemsstater, men havde leveret disse ydelser fra sit hjemland, kunne fru Carpenter ikke påberåbe sig de rettigheder, som direktiv 73/148 giver tredjelandsstatsborgere, der er ægtefæller til unionsborgere. Domstolen undersøgte derfor, om en opholdsret til en ægtefælle kunne udledes af fællesskabsretlige principper eller andre regelsæt.

48. Efter at have fastslået, at Peter Carpenters erhverv faldt inden for anvendelsesområdet for artikel 19 EF, bemærkede Domstolen, at »fællesskabslovgiver har anset det for at være vigtigt at beskytte medlemsstaternes statsborgeres familieliv med henblik på at fjerne hindringerne for udøvelsen af de grundrettigheder, der er sikret i traktaten, hvilket fremgår af bestemmelserne i Rådets forordninger og direktiver vedrørende arbejdstageres og selvstændige erhvervsdrivendes ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet« [24]. Domstolen fastslog dernæst, at »en adskillelse af ægteparret Carpenter ville få negative konsekvenser for deres familieliv og dermed også for betingelserne for Peter Carpenters udøvelse af en grundlæggende frihed. Denne frihed ville nemlig ikke få fuld gennemslagskraft, hvis Peter Carpenter blev afholdt fra at udøve den som følge af de hindringer, der opstilles i hans oprindelsesland for hans ægtefælles indrejse og ophold« [25].

49. Hvad angår spørgsmålet, om denne hindring af Peter Carpenters frihed til at yde tjenesteydelser kunne begrundes, fastslog Domstolen, at beslutningen om at udvise Mary Carpenter udgør en indgriben i Peter Carpenters udøvelse af dennes ret til respekt for familielivet i henhold til artikel 8 i menneskerettighedskonventionen og ikke var udtryk for en rimelig afvejning af de berørte interesser. Beslutningen om at udvise Mary Carpenter udgjorde derfor en indgriben, der ikke står i et rimeligt forhold til det forfulgte formål [26].

50. I Akrich-dommen fastslog Domstolen først, at en tredjelandsstatsborger gift med en unionsborger, der har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, men således, at vedkommende ikke opholder sig lovligt i ægtefællens hjemstat, ikke kan påberåbe sig artikel 10 i forordning nr. 1612/68 og kræve opholdstilladelse i den pågældende medlemsstat. Dommen bliver dog bemærkelsesværdig i og med, at det præciseres, at såfremt der er indgået et reelt ægteskab, skal der, selv om den pågældende tredjelandsstatsborger

23 — Dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279.
24 — Dommens præmis 38.
25 — Dommens præmis 39.
26 — Jf. dommens præmis 41, 43 og 45.

opholder sig ulovligt i henhold til den nationale udlændingelovgivning, tages hensyn til retten til respekt for familielivet som omhandlet i artikel 8 i menneskerettighedskonventionen. »Selv om menneskerettighedskonventionen ikke som sådan tillægger en udlænding ret til at indrejse eller opholde sig på et bestemt lands område, kan den omstændighed, at en person nægtes indrejse i det land, hvor hans nære slægtninge bor, udgøre en indgriben i retten til respekt for familielivet, således som denne ret er beskyttet ved menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 1. Menneskerettighedskonventionen er til hinder for en sådan indgriben, hvis denne ikke opfylder betingelserne i artikel 8, stk. 2 [...]« [27]. Her var Domstolen mere tilbageholdende end i Carpenter-dommen, idet den overlod det til den nationale ret at anvende dette kriterium.

51. Endelig skal der henvises til Domstolens dom i MRAX-sagen og i sagen Kommissionen mod Spanien, hvor den gentog sine bemærkninger i Carpenter-sagen om, at det bl.a. fremgår af Rådets forordninger og direktiver vedrørende arbejdstageres og selvstændige erhvervsdrivendes ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, at fællesskabslovgiver har anset det for vigtigt at beskytte unionsborgernes familieliv med henblik på at fjerne hindringerne for udøvelsen af de grundrettigheder, der er sikret ved traktaten [28].

52. Da det i det foregående afsnit er konkluderet, at der foreligger en vis grad af inkonsistens i retspraksis vedrørende de regler, som gælder for tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge med vandrende unionsborgere, giver de foregående bemærkninger endvidere anledning til at tro, at resultatet af disse sager i vidt omfang afgøres ud fra hver sags særlige omstændigheder. På et område som indvandring, hvor beslutninger, der træffes af de kompetente myndigheder, på grundlæggende vis påvirker den enkeltes liv, er der imidlertid et stort behov for klarhed hvad angår rettighedernes omfang og forudsigeligheden i lovens anvendelse. For at skabe større gennemsigtighed og fremme retssikkerheden kræves en mere systematisk og strukturel tilgang til fortolkning og anvendelse af de relevante fællesskabsbestemmelser.

E — *De nye fællesskabsbestemmelser*

53. Skønt den ikke er af direkte relevans for problemløsningen i den foreliggende sag, eftersom den tidsmæssigt ikke finder anvendelse, er det ikke desto mindre hensigtsmæssigt at henvise til nyere udvikling i fællesskabslovgivningen om tredjelandsstatsborgeres ret til ophold i medlemsstaterne. De

27 — Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 59.

28 — MRAX-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 53, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 26.

relevante direktiver vedrører såvel interne som eksterne elementer af den frie bevægelighed for personer.

54. Den 29. april 2004 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet et nyt direktiv på grundlag af artikel 12 EF, 18 EF, 40 EF, 44 EF og 52 EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, der erstatter alle eksisterende direktiver på området [29]. Det pågældende direktiv kodificerer og reviderer de eksisterende fællesskabsinstrumenter, da det tager højde for den fortolkning, som Domstolen i sin praksis har givet heraf. Ligesom artikel 10 i forordning nr. 1612/68 og artikel 1, stk. 1, i direktiv 73/148 giver artikel 5, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/38 unionsborgeres slægtninge, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, ret til at rejse ind i en medlemsstat, forudsat at de er i besiddelse af et gyldigt pas og indrejsevisum i overensstemmelse med forordning nr. 539/2001, eller i givet fald med den nationale lovgivning. I henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 har en unionsborgers slægtninge, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, ret til ophold i mere end tre måneder, såfremt unionsborgeren opfylder forskellige betingelser fastsat i direktivets artikel 7, stk. 1 [30].

55. Yderligere to direktiver om tredjelandsstatsborgeres rettigheder blev vedtaget på grundlag af artikel 63 EF, nemlig direktiv 2003/86 om ret til familiesammenføring [31] og direktiv 2003/109 om tredjelandsstatsborgeres status som fastboende udlænding [32].

56. Kun det første af disse direktiver er relevant for den foreliggende sag, skønt kun indirekte, eftersom det kun finder anvendelse på sammenføringen med slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere, og som allerede opholder sig lovligt i en medlemsstat (referencepersonen) og udtrykkeligt ikke finder anvendelse på familiemedlemmer til unionsborgere (direktivets artikel 3, stk. 3). Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2003/86 forpligter medlemsstaterne til at give indrejse og ophold til mindreårige børn af referencepersonen, med forbehold for visse betingelser

29 — Nævnt ovenfor i fodnote 7.

30 — Disse betingelser er, at unionsborgeren a) er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende i værtsmedlemsstaten, eller b) råder over tilstrækkelige midler til sig selv og sine familiemedlemmer, således at opholdet ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system, og er omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, eller, c) er indskrevet ved en privat eller offentlig institution [...] med henblik på dér som hovedaktivitet at følge en uddannelse, herunder en erhvervsuddannelse. Derudover må unionsborgeren være omfattet af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, og [...] godtgøre over for den relevante nationale myndighed, at vedkommende råder over tilstrækkelige midler til sig selv og sine familiemedlemmer, således at opholdet ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system.

31 — Rådets direktiv 2003/86/EF af 22.9.2003 om ret til familiesammenføring, EUT L 251, s. 12.

32 — Rådets direktiv 2003/109/EF af 25.11.2003 om tredjelandsstatsborgeres status som fastboende udlænding, EUT L 16, s. 44.

vedrørende den offentlige politik, sikkerhed og sundhed og vedrørende referencepersonens evne til, kort sagt, at sørge for de pågældende slægtninge. Derimod har medlemsstaterne ikke pligt, men ret til at tillade indrejse for andre familiemedlemmer, herunder førstegradsslægtninge i lige opstigende linje til referencepersonen eller dennes ægtefælle, hvis slægtningene forsørges af disse og ikke har den nødvendige familiemæssige støtte i hjemlandet [artikel 4, stk. 2, litra a)]. I direktivets artikel 5 fastsættes ligeledes en fremgangsmåde for at indgive ansøgninger om indrejse af referencepersonens slægtninge og en detaljeret undersøgelse heraf. Som hovedregel skal ansøgningen indgives og behandles, mens familiemedlemmerne opholder sig uden for den pågældende medlemsstat, selv om medlemsstaten dog på visse betingelser kan fravige herfra (artikel 5, stk. 3). Dette direktiv har skullet implementeres i national ret senest den 3. oktober 2005.

57. I lyset af eksisterende og nye fællesskabsinstrumenter kan der sondres mellem tre forskellige tilfælde, som, skønt de fra tredjelandsstatsborgerne synsvinkel ikke synes væsentlige, afgør, hvilke regler der skal anvendes på deres situation og således deres muligheder for indrejse til en medlemsstat fra et tredjeland, og følgelig muligheden for at få opholdstilladelse. For det første kan tredjelandsstatsborgeren være slægtning til en unionsborger, der ikke har gjort brug af sin ret til at flytte til en anden medlemsstat. For det andet kan tredjelandsstatsborgeren være slægtning til en unionsborger, som har benyttet sig af sin ret til at flytte til en anden medlemsstat. For det tredje kan tredjelandsstatsborgeren være slægtning til en anden tredjelandsstatsborger, der lovligt opholder sig i en medlemsstat i Fællesskabet.

58. Hvis tredjelandsstatsborgeren i den første situation ønsker indrejse til en medlemsstat fra et tredjeland, finder de nationale regler om indvandring klart anvendelse, idet der ikke foreligger nogen tilknytning til fællesskabsretten. Dette medfører, at den pågældende person kan gøres til genstand for en forudgående individuel vurdering.

59. I den tredje situation er tredjelandsstatsborgerens rettigheder siden den 3. oktober 2005 fastsat i direktiv 2003/86. Forud for denne dato fandt de nationale bestemmelser om indvandring anvendelse. Som nævnt ovenfor, og henset til familieforholdet i den foreliggende sag, har medlemsstaten i henhold til det nævnte direktiv skønsbeføjelse til at vurdere, om den vil tillade indrejse og ophold til førstegradsslægtninge i lige opstigende linje til referencepersonen. Direktivet indeholder ligeledes bestemmelse om en undersøgelse af de individuelle omstændigheder hos den ansøgende tredjelandsstatsborger.

60. Den anden situation er den, der er problematisk i den foreliggende sag, og som nævnt i punkt 38-40 er der to mulige tilgange. Hvis tredjelandsstatsborgeren udleder en direkte ret til ophold af direktiv 73/148, vil han ikke skulle underkastes de nationale indvandringsmyndigheders individuelle vurdering. I overensstemmelse med retspraksis i MRAX-sagen vil det familiemæssige forhold her give ret til opholdstilladelse. Hvis det derimod fastslås, på linje med Akrich-dommen, at tredjelandsstatsborgeren skal opholde sig lovligt i en medlemsstat, før han kan påberåbe sig de rettigheder, han indrømmes ved direktiv 73/148, vil dette betyde, at de nationale bestemmelser om indvandring finder anvendelse på ham.

F — *Indrejse- og opholdstilladelse til unionsborgeres slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere: mod en mere systematisk tilgang*

61. Det fremgår af denne lille undersøgelse, at den brede fortolkning af direktiv 73/148 i det andet tilfælde fører til, at der skabes en privilegeret kategori af tredjelandsstatsborgere. Når disse personer er i familie med en unionsborger, der har gjort brug af sin ret til at flytte til en anden medlemsstat, har de immunitet i forhold til anvendelsen af de nationale indvandringsregler om indrejse og ophold. I de øvrige tilfælde har de ikke en sådan immunitet. Hvis det, fra tredjelandsstatsborgerens synspunkt, formodes, at familieforholdet i de tre tilfælde som sådan er sammenlignelige, og at den eneste forskel er, at slægtningen, der er unionsborger, er flyttet til en anden medlemsstat, kræver den forskelsbehandling, som følger af den såkaldte brede fortolkning af direktiv 73/148, en begrundelse.

62. I punkt 52 ovenfor nævnte jeg behovet for en mere systematisk tilgang til fortolkningen af fællesskabsbestemmelserne om indrejse fra tredjelande til medlemsstaternes område for slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere, og om deres ret til ophold med unionsborgere. Manglende konsekvens i retspraksis fører til retsusikkerhed for de pågældende tredjelandsstatsborgere og manglende klarhed for de nationale myndigheder, der har ansvaret for at anvende disse bestemmelser. Den nuværende retspraksis fører endda til ulighed mellem grupper af tredjelandsstatsborgere, som ikke synes begrundet. Retspraksis kolliderer ligeledes med den nationale kompetence på området for indvandringspolitik, når den tillader visse kategorier af tredjelandsstatsborgere indrejse og ophold i en medlemsstat, uden at disse først har været underkastet en individuel vurdering.

63. Ved fortolkningen af de relevante bestemmelser i afledt fællesskabsret er det efter min opfattelse vigtigt som en ledetråd at overholde kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne, som fastlagt i EF-traktaten. Det må antages at påhvile Domstolen, som beskrevet i artikel 220 EF, ikke kun at sikre fællesskabsrettens effektivitet, men ligeledes at overholde og værne om de beføjelser, som traktaten anerkender medlemsstaterne. Det gælder ikke kun i den negative mening, nemlig at begrænse Fællesskabets kompetence i forhold til medlemsstaternes, men ligeledes i en mere positiv mening ved at sikre, at disse nationale beføjelser kan udøves effektivt.

64. Som situationen er i dag, er det klart, at personers frie bevægelighed inden for Fællesskabet, som en af hjørnestenene i det indre marked, fuldt ud er en fællesskabskompetence. Det er ligeledes klart, at reguleringen af indvandring ved Unionens ydre grænser, for så vidt som harmoniseringen i henhold til traktatens del IV ikke er fuldført, forbliver medlemsstaternes kompetence. Jeg henviser til punkt 30 ff. ovenfor.

65. Domstolens afgørelse i Akrich-dommen, hvorefter forordning nr. 1612/68 »imidlertid kun [omfatter] den frie bevægelighed inden for Fællesskabet« og »er tavs omkring rettigheder med hensyn til adgang til Fællesskabets område for en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger« [33], er i fuld overensstemmelse med denne kompetencefordeling mellem Fællesskabet og medlemsstaterne. Da direktiv 73/148 forfølger samme mål som forordning nr. 1612/68 i forhold til en anden kategori af personer, må udtalelsen ligeledes finde anvendelse på dette direktiv. Den omstændighed at direktivets anvendelsesområde er begrænset på lignende vis blev, men underforstået, faktisk anerkendt af Domstolen i Carpenter-sagen, hvori den fastslog, at »det følger således dels af det formål, der forfølges med direktivet, og dels af dets indhold, at det fastsætter betingelserne for, at en statsborger i en medlemsstat, samt de øvrige personer, der er omfattet af artikel 1, stk. 1, litra c) og d), kan forlade den pågældende statsborgers oprindelsesmedlemsstat og indrejse og opholde sig på en anden medlemsstats område, i et af de øjemed, der er anført i artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i den periode, der er angivet i direktivets artikel 4, stk. 1 og 2« [34].

66. Den omstændighed, at forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 er »tavse« for så vidt angår den første tilladelse til indrejse i Fællesskabet for en tredjelandsstatsborger, betyder ikke, at de er neutrale i den henseende. Denne konstatering fra Domstolen betyder ikke, at der er et tomrum,

33 — Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 49.
34 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 35.

som stiltiende kan udfyldes af en bred fortolkning af dem. Det kan kun betyde, at det i overensstemmelse med kompetencefordelingen, som fastsat i traktaten, påhviler medlemsstaterne ifølge deres udlændingelovgivning at træffe beslutning om den første indrejsetilladelse til disse personer. Som Domstolen fastslog i Akrich-sagen, betyder dette nødvendigvis (frit citeret), at for at blive omfattet af de rettigheder, der er fastsat i disse fællesskabsinstrumenter, skal en tredjelandsstatsborger, som er slægtning til en unionsborger, opholde sig lovligt i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter eller er flyttet til [35].

67. Hvis man accepterede, at tredjelandsstatsborgere, som ikke allerede opholdt sig lovligt i en medlemsstat, og som ønskede at forene sig med en unionsborger, der havde udøvet sin ret til fri bevægelighed, automatisk havde ret til at rejse ind og tage ophold i værtsmedlemsstaten alene på grundlag af det familiemæssige forhold, uden at medlemsstaten greb ind, ville de kunne omgå de nationale lovgivninger om indvandring. En sådan opfattelse undergraver derfor medlemsstaternes beføjelser hvad angår kontrol af indvandring ved de ydre grænser.

68. Det kan ligeledes udledes af fællesskabsinstrumenternes virke på den frie bevægelighed inden for Fællesskabet, at de rettigheder, der indrømmes tredjelandsstatsborgere, ikke er ubetingede.

69. Forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 blev vedtaget med det udtrykkelige formål at gennemføre henholdsvis artikel 39 EF og 43 EF. Begge instrumenter har til formål at fjerne hindringer for unionsborgere, der gør brug af deres rettigheder efter disse traktatbestemmelser, ved i kraft af egenskaben af arbejdstager, selvstændig eller tjenesteyder at flytte til en anden medlemsstat. Sådanne hindringer omfatter de eventuelle virkninger af at anvende den nationale udlændingelovgivning på slægtninge til rettighedsindehaveren, navnlig når disse familiemedlemmer er tredjelandsstatsborgere. Såfremt disse familiemedlemmer ikke var sikret indrejse- og opholdstilladelse til en anden medlemsstat, ville det afholde den arbejdstager eller selvstændige, der er borger i Fællesskabet, fra at udøve sin ret i henhold til traktaten. Som en logisk følge af disse arbejdstageres eller selvstændiges ret har de derfor også ret til at flytte til og opholde sig i den medlemsstat, hvor den erhvervsmæssige aktivitet skal forfølges.

70. I lyset af det oprindelige mål med disse fællesskabsinstrumenter om at fjerne enhver form for hindring hidrørende fra de nationale indrejse- og opholdskrav, der kan

35 — Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 50.

afholde en unionsborger fra at flytte til en anden medlemsstat af økonomiske grunde, kan der argumenteres for, at det er familiesituationen på det tidspunkt, hvor unionsborgeren beslutter at flytte til en anden medlemsstat, som er afgørende. Når først denne person er flyttet til og har bosat sig i en anden medlemsstat, opstår der en ny situation, hvor hans retsstilling bør sammenlignes med situationen for statsborgere i værtsmedlemsstaten, der ikke har benyttet sig af deres ret til fri bevægelighed. Såfremt en person fra sidstnævnte kategori ønsker familiesammenføring med tredjelandsstatsborgere uden for Fællesskabet, skal det pågældende familiemedlem opfylde adgangskravene i den nationale udlændingelovgivning. Dette gælder ligeledes for en statsborger, der allerede har udøvet sin ret til fri bevægelighed og tilsyneladende ikke har ladet sig afholde fra at udøve denne ret af grunde forbundet med afslag på indrejsetilladelse til familiemedlemmer fra tredjelande. Det kan med andre ord ikke hævdes, at fællesskabsretten giver en varig ret til familiesammenføring for unionsborgere og disses slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere. I den henseende mener jeg ikke, at artikel 10 i forordning nr. 1610/68 og artikel 1, stk.1, i direktiv 73/148 kan betragtes som foranstaltninger, der med tilbagevirkende kraft tillader familiesammenføring mellem unionsborgere og deres slægtninge fra tredjelande.

71. I tilfælde, hvor et familiemedlem, der er tredjelandsstatsborger og ønsker at flytte sammen med unionsborgeren i værtsmedlemsstaten direkte fra et tredjeland, vil et krav om, at vedkommende skal opnå opholdstilladelse i unionsborgerens hjemstat ifølge Kommissionen føre til en hindring af dennes ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet. Ud over den omstændighed, at kravet om lovligt ophold, i en situation som i hovedsagen, medfører, at familiemedlemmet skal opnå opholdstilladelse i værtsmedlemsstaten i henhold til dens nationale udlændingelovgivning, kan det ikke antages, at den af Kommissionen nævnte betingelse nødvendigvis medfører en hindring af unionsborgerens ret til at flytte til en anden medlemsstat. En sådan hindring ville forekomme, såfremt betingelsen ville bevirke et tab af rettigheder. Hvis der imidlertid ikke fandtes en sådan ret, dvs. til familiesammenføring, da retten til fri bevægelighed blev udøvet, kan der logisk set heller ikke være tale om et rettighedstab, som udgør en hindring af retten til fri bevægelighed.

72. Det skal tilføjes, at selv om det er åbenbart, at artikel 10 i forordning nr. 1612/68 og artikel 1, stk. 1, i direktiv 73/148 har til *virkning* at beskytte retten til familieliv, kan det efter min opfattelse ikke gøres gældende, at det var *målet* med disse bestemmelser. Det bemærkes, at når Domstolen først i Carpenter-sagen og senere i MRAX-sagen fastslog, at ved at vedtage forordninger og direktiver har »fællesskabslovgiver [...] anset det for at være vigtigt at beskytte medlemsstaternes statsborgeres familieliv med henblik på at fjerne hindringerne for udøvelsen af de grundrettigheder,

der er sikret i traktaten« [36], kan der, såfremt man henholder sig til konteksten på det tidspunkt, hvor disse foranstaltninger blev vedtaget, alene være tale om en implicit og højst sekundær betragtning. Der er ingen henvisninger til artikel 8 i EMRK hverken i præamblen til forordning nr. 1612/68 eller til direktiv 73/148, eller, af større betydning: i direktiv 2004/38, der erstattede disse. Sidstnævnte henviser blot i generelle vendinger til overensstemmelsen med EMRK [37]. Derimod henviser direktivet om familiesammenføring af naturlige årsager, i lyset af dets formål, udtrykkeligt til artikel 8 i EMRK [38]. Jeg mener derfor ikke, at beskyttelsen af retten til familieliv kan anvendes som retningslinje for fortolkningen af anvendelsesområdet for og indholdet af de relevante bestemmelser i forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148.

73. Når det er sagt, er det vigtigt at afgøre den rolle, som artikel 8 i EMRK har i denne sammenhæng. Artikel 6, stk. 2, EF fastsætter, at Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten. Denne bestemmelse er rettet til Unionen selv og finder kun anvendelse på medlemsstaterne, når disse gennemfører fællesskabsret og fællesskabsretsakter, som bekræftet ved artikel II-111, stk. 1, i traktaten om en forfatning for Europa [39]. I det omfang, medlemsstaterne ikke handler inden for rammerne af fællesskabsretten, som når de træffer beslutning om at give tredjelandsstatsborgere opholdsret, skal de ligeledes overholde deres forpligtelser i henhold til artikel 8 i EMRK, dog ikke i henhold til fællesskabsretten, men i kraft af underskrivere af EMRK. På dette punkt mener jeg, at Domstolens dom i Carpenter-sagen er tvivlsom, for så vidt som den rent faktisk anvendte artikel 8 i EMRK på sagens omstændigheder.

74. Endelig vil, som allerede bemærket i punkt 61, indrømmelsen af en ret for en tredjelandsstatsborger, der endnu ikke har fået indrejsetilladelse til en medlemsstats område, og som er slægtning til en unionsborger, til indrejse og ophold for den vandrende unionsborger i værtsmedlemsstaten alene på det grundlag skabe en ulighed i forhold til tredjelandsstatsborgere, der søger familiesammenføring med en unionsborger, som endnu ikke er flyttet inden for Fællesskabet, eller tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge, og som allerede opholder sig lovligt i en medlemsstat. I de to sidste sager vurderes tredjelandsstatsborgerne individuelt, før de får indrejsetilladelse, hvorimod det

36 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 38, og MRAX-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 53.

37 — Jf. betragtning 31 i præamblen.

38 — Jf. betragtning 2 i præamblen.

39 — EUT 2004 C 310.

ikke er tilfældet for slægtninge i den første situation. Intet begrunder en sådan forskelsbehandling.

75. Selv om der var en fuldstændig harmonisering af indrejsereglerne for tredjelandsstatsborgere ved Fællesskabets ydre grænser, ville den omstændighed at tillade visse kategorier af personer indrejse til og ophold på en medlemsstats område på grundlag af slægtskab med en unionsborger, der tilfældigvis har udøvet sin ret til fri bevægelighed, undergrave effektiviteten af disse fælles regler og fremme misbrug af den karakter, som lå til grund for Akrich-sagen. At basere opholdsretten på den tilfældige omstændighed, at en unionsborger er flyttet til en anden medlemsstat, er såvel vilkårlig som uretfærdig, da det skaber en ulighed over for unionsborgere, der ikke har benyttet sig af denne ret, og over for tredjelandsstatsborgere, som ikke er så heldige at være i familie med den vandrende unionsborger.

76. Med denne tilgang er det dernæst vigtigt at fastslå, hvad »lovligt ophold« i en medlemsstat betyder. På nuværende tidspunkt er de kriterier, på grundlag af hvilke dette kan vurderes, endnu ikke harmoniseret. Medlemsstaterne kan stadig selv afgøre, hvornår en tredjelandsstatsborger »opholder sig lovligt« på deres område. Selv om dette ikke som sådan et fællesskabsbegreb, er der ikke desto mindre behov for at fastlægge visse grundlæggende karakteristika ved begrebet »lovligt ophold«.

77. At »opholde sig lovligt« på en medlemsstats område indebærer, at 1) efter en ansøgning fra en tredjelandsstatsborger, 2) skal der foreligge en udtrykkelig beslutning fra medlemsstatens nationale myndigheder, 3) som er baseret på en individuel vurdering, 4) der giver ansøgeren ret til indrejse og ophold på statens område 5) for en længere tidsperiode. Der kan ikke være tale om »lovligt ophold« i henseende til den nævnte vurdering, når beslutningen udtrykkeligt og klart kun giver opholdstilladelse for en kortere periode, eller såfremt den er begrænset til et bestemt formål. Det vil være i strid med sådanne tilladelsers selve funktion at betragte dem som tilstrækkeligt grundlag for at opnå en langtids- eller permanent opholdstilladelse.

78. I en søgen efter anden vejledning vedrørende betydningen af begrebet lovligt ophold kan der findes et minimum af hjælp i artikel 3 i direktiv 2003/86, hvor referencepersonen, der i artikel 2, litra c), beskrives som »en tredjelandsstatsborger, der har lovligt ophold i en medlemsstat«, som har ret til at ansøge om familiesammenføring med visse slægtninge, hvis han er i besiddelse af en opholdstilladelse med en gyldighedsperiode på mindst et år og har velbegrundede forventninger om at opnå varig opholdstilladelse.

79. I det perspektiv udgør et visum med en gyldighed for tre måneder eller en tilladelse

til at forblive på området, indtil ansøgningen om opholdstilladelse er behandlet, ikke et »lovligt ophold«, der er tilstrækkeligt til, at slægtninge, som er tredjelandsstatsborgere, kan påberåbe sig de rettigheder, der i henhold til forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 indrømmes dem.

80. Ovenstående fører til den konklusion, at hvis der tages udgangspunkt i kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne på området for fri bevægelighed for personer, kan rettighederne efter forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 for tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til en unionsborger, som ønsker at udøve eller har udøvet sin ret til at flytte til en anden medlemsstat for dér at udøve erhvervsmæssig aktivitet, kun påberåbes af disse personer, såfremt de har fået indrejsetilladelse til en medlemsstat i overensstemmelse med dets udlændingelovgivning. Ved afgørelsen heraf skal medlemsstaterne overholde deres forpligtelser i henhold til artikel 8 i EMRK, ikke som en forpligtelse i henhold til fællesskabsretten, men i kraft af underskrivere af EMRK.

81. Kun ved at gennemføre denne klare adskillelse mellem fællesskabskompetencer og de nationale kompetencer kan man klart definere omfanget af de rettigheder, der ved forordning nr. 1612/68 og direktiv 73/148 indrømmes tredjelandsborgere, som er slægtninge til vandrende unionsborgere, undgå forvirring ved udøvelsen af beføjelser i henhold til fællesskabsretten og den nationale udlændingelovgivning samt sikre ligebehandling af tredjelandsstatsborgere, der er slægtninge til unionsborgere og ankommer fra et tredjeland.

VII — Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål

A — *Spørgsmål 1a)-1d)*

82. Selv om det første spørgsmål fra Utlänningsnämnden vedrører såvel artikel 10 i forordning nr. 1610/68 som direktiv 73/148, fremgår det klart af sagens faktiske omstændigheder, at kun sidstnævnte er relevant for sagen.

83. Det første spørgsmål rejser tre grundlæggende problemer, som alle allerede i generelle vendinger er blevet drøftet i foregående afsnit i dette forslag til afgørelse. Derfor kan svaret på det første spørgsmål blive kort.

84. Det skal erindres, at det første af disse problemer (1a) er, om en tredjelandsstatsborger i lyset af Domstolens afgørelse i

Akrich-sagen, der er beslægtet med en selvstændig unionsborger, der er bosat i en anden medlemsstat end sin hjemstat, kun kan kræve ret til varigt ophold i værtsmedlemsstaten, såfremt vedkommende allerede opholder sig lovligt i Fællesskabet.

85. Af de anførte grunde i punkt 62 ff. ses det klart, at artikel 1 i direktiv 73/148 efter min mening skal fortolkes således, at retten til varigt ophold for en tredjelandsstatsborger, der er slægtning til en unionsborger, rent faktisk forudsætter, at den pågældende tredjelandsstatsborger opholder sig lovligt inden for Fællesskabet. Dette medfører, at den i Akrich-dommen fastslåede regel bør anvendes generelt.

86. Det andet problem rejst i spørgsmål 1.b vedrører spørgsmålet, om kravet om »lovlig ophold« medfører, at unionsborgerens slægtning, der er tredjelandsstatsborger, skal være i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse, som gælder for eller er udstedt med henblik på permanent bosættelse i en af medlemsstaterne. Såfremt det ikke er tilfældet, spørges der, om det er tilstrækkeligt med en opholdstilladelse udstedt til et andet formål for et kortere eller længere ophold, eller om det endda er tilstrækkeligt med et gyldigt visum.

87. Som anført i punkt 76-79 medfører kravet om lovligt ophold, at den pågældende tredjelandsstatsborger har fået en opholdstilladelse til en medlemsstat, der er gyldig i en længere periode, således at han har velbegrundede forventninger om at opnå varig opholdstilladelse. Det kan udledes af artikel 3 i direktiv 2003/86, at en periode på et år er tilstrækkelig i denne henseende. Når opholdstilladelsen til en medlemsstat er blevet begrænset til et kortere tidsrum eller til et bestemt formål, som det er tilfældet med et turistvisum, udgør det ikke et lovligt ophold.

88. Det tredje problem, der rejses af Utlänningsnämnden i spørgsmål 1c) og d), er følgende: Såfremt en unionsborgers slægtning, som er tredjelandsstatsborger, nægtes opholdstilladelse med henblik på permanent bosættelse i den medlemsstat, hvor sidstnævnte opholder sig, eller hvis vedkommende udvises fra denne medlemsstat, indebærer det da en begrænsning af unionsborgerens etableringsfrihed i henhold til artikel 43 EF?

89. Artikel 43 EF kræver ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden. Det er fast retspraksis, at alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interes-

sant, skal betragtes som sådanne begrænsninger [40]. Direktiv 73/148 regulerer betingelserne for bevægelighed og ophold inden for Fællesskabet for unionsborgere og deres slægtninge, uden hensyn til disses nationalitet. I det omfang, nationale foranstaltninger i henseende til de nævnte personers ophold kan anses for hindringer i den i artikel 43 EF omhandlede betydning, skal de primært betragtes inden for rammerne af direktiv 73/148.

90. Som nævnt i punkt 69 og 70, er hovedformålet med dette direktiv at fjerne hindringer, der skyldes de nationale indrejse- og opholdskrav, som kan afholde en unionsborger fra at flytte til en anden medlemsstat med henblik på at udøve erhvervsmæssig virksomhed dér. Når først friheden i henhold til artikel 43 EF er blevet udøvet, kan enhver beslutning om bopælsstatus for slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere, og som ikke allerede kunne forudsiges på tidspunktet for flytningen til værtsmedlemsstaten, pr. definition ikke siges at have en sådan afskrækkende virkning og kan derfor ikke anses for at udgøre en hindring i henhold til artikel 43 EF.

40 — Jf. bl.a. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I s. 4165, præmis 37, og af 5.10.2004, sag C-442/02, Caixa-Bank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11.

91. Når der træffes beslutninger i sådanne sager, skal de nationale myndigheder naturligvis overholde deres forpligtelser i henhold til artikel 8 i EMRK. Det tilkommer imidlertid de nationale retter at vurdere dette.

B — *Spørgsmål 2a) og 2b)*

92. Den første del af det andet spørgsmål tager sigte på at afklare, om begrebet »forsørgelse« i artikel 1, litra d), i direktiv 73/148 vedrører unionsborgerens slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere og økonomisk afhængige af denne for at kunne opnå den acceptable mindste levestandard i sit hjemland eller det land, hvor han normalt er bosat. Den anden del af spørgsmålet vedrører det bevis, der i henhold til artikel 6, litra b), i direktiv 73/148 kan kræves. Kan værtsmedlemsstaten kræve dokumenter ud over en erklæring fra unionsborgeren, hvorefter der bevisligt er tale om faktisk forsørgelse?

93. Hvad angår det første punkt skal det præciseres, at Domstolen, da den fortolkede det samme forsørgelsesbegreb i artikel 10 i

forordning nr. 1612/68 i Lebon-sagen [41], fastslog, at status som familiemedlem, der forsørges af arbejdstageren, følger af den faktiske situation, nemlig arbejdstagerens ydelse af bistand, uden at det er nødvendigt at fastslå, hvad der er grunden til denne forsørgelse, eller at rejse spørgsmålet, om den pågældende er i stand til at forsørge sig selv ved lønnet beskæftigelse [42]. Denne definition blev gentaget i lignende vendinger i Zhu og Chen-dommen [43] vedrørende direktiv 90/364 [44], hvor Domstolen igen bemærkede, at status som familiemedlem, der »forsørges« af en indehaver af en opholdsret, følger af en faktisk situation, der er karakteriseret ved, at familiemedlemmets materielle behov dækkes af indehaveren af opholdsretten [45].

94. I ingen af disse domme henviste Domstolen til nogen som helst levestandard ved afgørelsen af behovet for økonomisk støtte fra unionsborgeren. Tværtimod fastslog Domstolen i Lebon-sagen, at det ikke er nødvendigt at undersøge grundene til ydelsen af den økonomiske støtte, eller om den pågældende er i stand til at forsørge sig selv.

41 — Dom af 18.6.1987, sag 316/85, Sml. s. 2811.

42 — Dommens præmis 22.

43 — Dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925.

44 — Nævnt ovenfor i fodnote 13.

45 — Dommens præmis 43.

95. Men når det er sagt, synes det, i en sag som hovedsagen, hvor forsørgelse er et kriterium for etableringen af tredjelandsstatsborgerens ret til ophold med en unionsborger i en medlemsstat, nødvendigt at klarlægge, at der rent faktisk er et behov for økonomisk hjælp, og at dette dokumenteres med passende beviser.

96. Det skal objektivt fastslås, om betingelsen om forsørgelse er opfyldt, idet der tages hensyn til de personlige omstændigheder og behov hos den person, der søger forsørgelse. Efter min opfattelse synes det hensigtsmæssige kriterium i denne henseende primært at være, om den forsørgedes økonomiske midler, i lyset af de personlige omstændigheder, giver ham mulighed for at opnå den mindste levestandard i sit hjemland, hvorved det formodes, at dette ikke er den medlemsstat, hvori han ønsker at få bopæl. Det skal yderligere bevises, at der ikke er tale om en midlertidig, men om en strukturbetinget situation.

97. I henhold til artikel 6, litra b), i direktiv 73/148 skal ansøgeren om opholdstilladelse godtgøre, at han er omfattet af en af de i artikel 1 og 4 omhandlede personkategorier. Det omfatter betingelsen om at være beslægtet med den pågældende unionsborger og forsørget af denne. Med henblik herpå kræver den parallelle bestemmelse i direktiv 68/360, artikel 4, stk. 3, litra e), fremlæggelse

af en af vedkommende myndighed i hjemlandet eller det senere opholdsland udstedt attest, hvoraf fremgår, at ansøgeren forsørges af pågældende arbejdstager eller er optaget i hans husstand i dette land. Samme krav er fastholdt for alle unionsborgeres slægtninge, der er tredjelandsstatsborgere, i artikel 10, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/38.

98. Det vigtige i denne sammenhæng er, at den kompetente nationale myndighed er overbevist om, at der er tale om en faktisk forsørgelse. I den henseende udgør et dokument udstedt af de nationale myndigheder i oprindelseslandet bestemt et gyldigt bevis, skønt det ikke altid er afgørende. Det bør derfor ikke udelukkes, at når et sådant officielt dokument, i henhold til de nationale myndigheder, ikke er tilstrækkeligt, bør de kunne anmode om yderligere dokumentation. Det bør heller ikke udelukkes, at tredjelandsborgeren i mangel af en sådan offentlig erklæring har ret til at dokumentere sin forsørgelse ved hjælp af andre midler. Men en simpel erklæring fra den unionsborger, der bevidner at have forsørget og i fremtiden vil forsørge sin slægtning, er ikke i sig selv tilstrækkelig objektiv til at kunne fastslå »forsørgelse« i den i artikel 1, litra d), i direktiv 73/148 omhandlede betydning.

VIII — Forslag til afgørelse

99. På det ovenstående grundlag foreslår jeg Domstolen at besvare de af Utlänningsnämnden, Sverige, forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»— Artikel 1 i direktiv 73/148/EØF skal fortolkes således, at retten til varig opholdstilladelse til en unionsborgeres slægtning, som er tredjelandsstatsborger, forudsætter, at denne opholder sig lovligt i Fællesskabet.

— Lovligt ophold i Fællesskabet medfører, at den pågældende tredjelandsstatsborger er i besiddelse af en opholdstilladelse med en gyldighedsperiode på mindst et år og har velbegrundede forventninger om at opnå varig opholdstilladelse. Når opholdstilladelsen til en medlemsstat er blevet begrænset til en kortere tid eller til et bestemt formål, som tilfældet med et turistvisum, udgør det ikke et lovligt ophold.

— Såfremt en unionsborgers slægtning, der er tredjelandsstatsborger, ikke kan gøre en opholdsret gældende i medfør af direktiv 73/148/EØF, fordi vedkommende ikke opholder sig lovligt i Fællesskabet, hindrer en nægtelse af opholdstilladelse med henblik på varig bosættelse, eller beslutning om at udvise den pågældende, ikke en begrænsning af unionsborgerens etableringsfrihed i henhold til artikel 43 EF

— Artikel 1, litra d), i direktiv 73/148/EØF skal fortolkes således, at der med »forsørgelse« menes, at unionsborgerens slægtning er økonomisk afhængig af unionsborgeren for at kunne opnå den acceptable mindste levestandard i det land, hvor vedkommende normalt bor, hvorved det antages, at der ikke er tale om den medlemsstat, hvor den pågældende ønsker at bosætte sig, og at denne situation er strukturbetinget.

— Artikel 6, litra b), i direktiv 73/148/EØF skal fortolkes således, at medlemsstaterne kan kræve, at en unionsborgers slægtning, som gør gældende at være forsørget af unionsborgeren eller dennes ægtefælle, fremviser dokumenter ud over en erklæring fra unionsborgeren, hvorefter der bevisligt er tale om faktisk forsørgelse.«