FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON
fremsat den 30. september 2010[1]

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Tribunal du travail de Bruxelles vedrører rækkevidden af opholdsretten for tredjelandsstatsborgere, som er forældre til et lille barn, der er unionsborger, og som endnu ikke er rejst ud af den medlemsstat, hvor det er født.

2. For at besvare den nationale rets præjudicielle spørgsmål er Domstolen nødt til at træffe en række svære og vigtige valg. Hvad præcis indebærer unionsborgerskab? Udgør de omstændigheder, der har givet anledning til den nationale sag, et »rent internt« anliggende for den pågældende medlemsstat, hvorpå Den Europæiske Unions lovgivning (herefter »EU-retten«) ikke har nogen indflydelse? Eller indebærer fuld anerkendelse af de rettigheder (herunder fremtidige rettigheder), som nødvendigvis følger af unionsborgerskab, at et lille barn, der er unionsborger, i henhold til EU-retten, og ikke i henhold til national ret, har ret til at opholde sig i et hvilket som helst land inden for Unionens område (herunder den medlemsstat, hvor det har statsborgerskab)? Hvis dette er tilfældet, kan det for at sikre, at barnet effektivt kan udøve denne rettighed, indebære, at dets forældre, som er tredjelandsstatsborgere, tillægges opholdsret, hvis det i modsat fald ville medføre en væsentlig krænkelse af grundlæggende rettigheder.

3. På et mere begrebsmæssigt plan er det spørgsmålet, om udøvelsen af rettighederne som unionsborger — i lighed med udøvelsen af de klassiske økonomiske »friheder« — afhænger af, at der er udøvet en form for fri bevægelighed på tværs af grænser (selv om den er tilfældig, periferisk eller ubetydelig), før rettighederne gøres gældende. Eller er unionsborgerskab fremtidsorienteret, snarere end orienteret mod fortiden, når de rettigheder og forpligtelser, det giver, defineres? For at stille samme spørgsmål under en lidt anden synsvinkel: Er unionsborgerskabet simpelthen den ikke-økonomiske udgave af den samme generiske form for ret til fri bevægelighed, der længe har eksisteret for økonomisk aktive og for personer, der råder over egne midler? Eller har det en mere radikal betydning: et ægte statsborgerskab, der medfører et ensartet sæt af rettigheder og forpligtelser

1 — Originalsprog: engelsk.

i en retsunion [2], hvor respekten for grundlæggende rettigheder nødvendigvis må spille en grundlæggende rolle?

Rettighederne, frihederne og principperne i chartret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i chartrets afsnit VII vedrørende fortolkning og anvendelse af chartret og under behørigt hensyn til de forklaringer, der henvises til i chartret, og som anfører kilderne til disse bestemmelser.

De retlige rammer

2. Unionen tiltræder den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Tiltrædelse af denne konvention ændrer ikke Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

Relevante EU-retlige bestemmelser

4. Artikel 6 TEU (tidligere artikel 6 EU) fastsætter:

3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten.«

»1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.

5. Artikel 18 TEUF (tidligere artikel 12 EF) fastsætter:

Chartrets bestemmelser udvider ikke på nogen måde Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

»Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.

[…]«

2 — Jeg har lånt udtrykket en »retsunion« fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i Petersen-sagen (dom af 11.9.2008, sag C-228/07, Sml. I, s. 6989), punkt 32. Efter hans pludselige, alt for tidlige død den 12.11.2009 overtog jeg ansvaret for nærværende præjudicielle forelæggelse. Jeg vil gerne som det første anerkende det arbejde og det engagement, han allerede havde investeret i denne sag, og i det hele taget hans fremragende og omfattende bidrag til, hvad der for ham stadig var »fællesskabsretten« og ikke »EU-retten«.

6. Artikel 20 TEUF (tidligere artikel 17 EF) fastslår:

»1. Der indføres et unionsborgerskab. Unionsborgerskab har enhver, der er statsborger i en medlemsstat. Unionsborgerskab er et supplement til det nationale statsborgerskab og træder ikke i stedet for dette.

2. Unionsborgerne har de rettigheder og er underlagt de pligter, der er indeholdt i traktaterne.

[…]«

7. Artikel 21 TEUF (tidligere artikel 18 EF) fastsætter:

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

[…]«

8. Artikel 7, 21 og 24 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [3] fastsætter:

»*Artikel 7*

Respekt for privatliv og familieliv

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

[…]

Artikel 21

Ikke-forskelsbehandling

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.

3 — Proklameret i Nice den 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1). Europa-Parlamentet vedtog en ajourført version den 29.11.2007, efter at henvisningerne til Forfatning for Europa var blevet fjernet (EUT C 303, s. 1).

2. Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af deres særlige bestemmelser er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt.

[…]

Artikel 24

Børns rettigheder

1. Børn har ret til den beskyttelse og omsorg, der er nødvendig for deres trivsel. De kan frit udtrykke deres synspunkter. Der tages hensyn hertil i forhold, der vedrører dem, i overensstemmelse med deres alder og modenhed.

2. I alle handlinger vedrørende børn, uanset om de udføres af offentlige myndigheder eller private institutioner, skal barnets tarv komme i første række.

3. Ethvert barn har ret til regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, medmindre dette er i modstrid med dets interesser.«

Relevante internationale bestemmelser

9. Artikel 17 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder [4] fastsætter følgende:

»1. Ingen må udsættes for vilkårlig eller ulovlig indblanding i sit privatliv eller familieliv, sit hjem eller sin brevveksling, eller for ulovlige angreb på sin ære og sit omdømme.

2. Enhver har ret til lovens beskyttelse mod sådan indblanding eller sådanne angreb.«

10. Artikel 9, stk. 1, i konventionen om barnets rettigheder [5] fastsætter:

»1. Deltagerstaterne skal sikre, at barnet ikke adskilles fra sine forældre mod deres vilje, undtagen når kompetente myndigheder, hvis afgørelser er undergivet retlig prøvelse, i overensstemmelse med gældende lov og praksis bestemmer, at en sådan adskillelse er nødvendig af hensyn til barnets tarv. En sådan beslutning kan være nødvendig i særlige tilfælde, f.eks. ved forældres misbrug eller

4 — Traktaten blev åbnet for undertegnelse den 19.12.1966. *United Nations Treaty Series*, bind 999, s. 171, og bind 1057, s. 407. Alle EU's medlemsstater har tiltrådt konventionen, og der er ikke taget forbehold over for artikel 17.

5 — Traktat vedtaget ved resolution 44/252 af 20.11.1989. *United Nations Treaty Series*, bind 1577, s. 3. Alle EU-medlemsstater har tiltrådt konventionen, og der er ikke taget forbehold over for artikel 9, stk. 1.

vanrøgt af barnet, eller hvor forældrene lever adskilt, og der skal træffes beslutning om barnets bopæl.«

11. Artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«) og artikel 3 i protokol 4 hertil bestemmer følgende [6]:

»Artikel 8

1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.

[…]

Artikel 3 i protokol 4

1. Ingen kan hverken ved individuelle eller ved kollektive foranstaltninger udvises af et territorium tilhørende den stat, i hvilken han er statsborger.

2. Ingen kan berøves retten til indrejse i den stat, i hvilken han er statsborger.«

Relevante nationale retsforskrifter

Kongelig anordning af 25. november 1991

12. Artikel 30 i kongelig anordning af 25. november 1991 om arbejdsløshed fastsætter følgende:

»For at have ret til ydelser ved arbejdsløshed skal en heltidsbeskæftiget arbejdstager have tilbagelagt følgende antal arbejdsdage:

1. [...]

6 — Undertegnet i Rom den 4.11.1950 og ratificeret af alle EU-medlemsstater. Situationen er lidt mere kompliceret vedrørende protokol 4. På nuværende tidspunkt har Grækenland hverken undertegnet eller ratificeret denne protokol, mens Det Forenede Kongerige har undertegnet, men ikke ratificeret den. Østrig, Irland og Nederlandene har taget forbehold over for artikel 3 vedrørende konkrete punkter, som ikke er relevante for de faktiske omstændigheder og spørgsmålene i denne sag.

2. 468 i løbet af de 27 måneder forud for ansøgningen om arbejdsløshedsunderstøttelse, såfremt han er mindst 36 år og under 50 år.

[…]«

13. Artikel 43, stk. 1, i den kongelige anordning fastsætter:

»Uden at de ovenstående bestemmelser berøres, er en udenlandsk eller statsløs arbejdstager kun berettiget til arbejdsløshedsunderstøttelse, hvis han eller hun overholder lovgivningen om udlændinge og beskæftigelse af udenlandske arbejdstagere.

Arbejde i Belgien tages kun i betragtning, hvis det er i overensstemmelse med lovgivningen om beskæftigelse af udenlandske arbejdstagere.«

14. I henhold til de relevante bestemmelser i belgisk lovgivning (artikel 40 i lov af 15.12.1980 og artikel 2 i kongelig anordning af 9.6.1999) skal ægtefællen til en udlænding, der er statsborger i et andet EF-land, og dennes eller ægtefællens mindreårige børn, uanset hvilket land de er statsborgere i, behandles på samme måde som den udlænding, der er statsborger i et andet EF-land, forudsat at de kommer til landet med henblik på at bosætte sig sammen med denne.

15. Der kræves ikke arbejdstilladelse af slægtninge i opstigende linje til en belgisk statsborger eller en udlænding, der er statsborger i et andet EF-land, og som forsørges af denne, uanset hvilket land de er statsborgere i [i medfør af henholdsvis artikel 2, stk. 2, nr. 2), litra b), i kongelig anordning om gennemførelse af lov af 30.4.1999 om beskæftigelse af udenlandske arbejdstagere og artikel 40, stk. 4, nr. iii), i lov af 15.12.1980].

Belgiens lov om statsborgerskab

16. I henhold til artikel 10, stk. 1, i Belgiens code de la nationalité, i den affattelse, der var gældende på det relevante tidspunkt, omfattede personer med belgisk statsborgerskab:

»et barn, som er født i Belgien, og som — på et hvilket som helst tidspunkt inden sit 18. år eller en tidligere myndighedsalder — ville være statsløst, hvis det ikke havde belgisk statsborgerskab«.

17. Efterfølgende gjorde lov af 27. december 2006 det umuligt for et barn født i Belgien af ikke-belgiske statsborgere at erhverve belgisk statsborgerskab, »hvis barnets repræsentant efter loven kan udvirke, at det får et andet

statsborgerskab, ved at rette henvendelse til de diplomatiske eller konsulære myndigheder i forældrenes eller den ene af forældrenes land«.

De faktiske omstændigheder og hovedsagen

18. Gerardo Ruiz Zambrano og hans hustru, fru Moreno López, er begge colombianske statsborgere. De ankom til Belgien den 7. april 1999, sammen med deres første barn, med et visum udstedt af den belgiske ambassade i Bogotá.

19. En uge senere søgte Gerardo Ruiz Zambrano asyl i Belgien. Som grundlag for sin asylansøgning angav han, at han havde været nødt til at flygte fra Colombia, efter at han siden 1997 havde været udsat for vedvarende afpresning (ledsaget af dødstrusler) udøvet af private militser, været vidne til overfald på sin bror, og hans treårige søn havde været kidnappet i en uge i januar 1999.

20. Den 11. september 2000 afviste Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (generaldirektoratet for flygtninge og statsløse personer) Gerardo Ruiz Zambranos asylansøgning og påbød ham at forlade Belgien. Afvisningen var dog tilføjet en bestemmelse om non-refoulement, hvorefter Gerardo Ruiz Zambrano og hans familie ikke måtte sendes tilbage til Colombia på grund af den kritiske situation i landet.

21. På trods af dette påbud ansøgte Gerardo Ruiz Zambrano om opholdstilladelse ved Office des Étrangers (udlændingemyndigheden) den 20. oktober 2000. Han indgav efterfølgende yderligere to ansøgninger [7]. Alle tre ansøgninger blev afvist. Gerardo Ruiz Zambrano anlagde sag med påstand om annullation af disse afgørelser og anmodede i mellemtiden om udsættelse af påbuddet om, at han skulle rejse ud af Belgien. På tidspunktet for denne præjudicielle forelæggelse verserede annullationssøgsmålet stadig ved Conseil d'État.

22. Gerardo Ruiz Zambrano og hans hustru har siden den 18. april 2001 været tilmeldt folkeregisteret i Schaerbeek.

23. I oktober 2001 blev Gerardo Ruiz Zambrano fastansat på fuld tid som fabriksarbejder i et belgisk firma, Plastoria SA (herefter »Plastoria«), i dets fabrik i Bruxelles. Arbejdet blev behørigt indberettet til Office national de la sécurité sociale (det nationale kontor for social sikring). De pligtige bidrag til den

7 — De to yderligere ansøgninger blev indsendt, efter at hans andet og tredje barn var født. Jf. nedenfor, punkt 26

sociale sikringsordning blev fratrukket hans løn, og hans arbejdsgiver skulle på samme måde betale (og betalte) de tilsvarende arbejdsgiverbidrag. Det fremgår ikke udtrykkeligt af forelæggelseskendelsen, hvorvidt der også blev trukket kildeskat af hans indtægt (som det ofte er tilfældet).

24. Gerardo Ruiz Zambrano havde ikke arbejdstilladelse, da han blev ansat i Plastoria, og han fik ikke arbejdstilladelse i løbet af de fem år, han arbejdede for virksomheden.

25. I mellemtiden fødte hans hustru deres andet barn, Diego, den 1. september 2003, og deres tredje barn, Jessica, den 26. august 2005. Begge børn blev født i Belgien. I henhold til artikel 10, stk. 1, i code de la nationalité fik begge belgisk statsborgerskab [8]. Gerardo Ruiz Zambranos advokat oplyste under retsmødet, at både Diego og Jessica på nuværende tidspunkt går i skole i Schaerbeek.

26. Diegos og Jessicas fødsel førte til henholdsvis den anden og den tredje ansøgning til udlændingemyndigheden [9]. I begge disse ansøgninger hævdede Gerardo Ruiz Zambrano, at det forhold, at hans nyfødte var belgisk statsborger, berettigede ham til opholdstilladelse på grundlag af lov af 15. december 1980 og artikel 3 i protokol 4 til den europæiske menneskerettighedskonvention.

27. Som følge af den tredje ansøgning vedtog de belgiske myndigheder en afgørelse, hvorved Gerardo Ruiz Zambrano fik et registreringsbevis, som gav ham opholdsret i Belgien fra den 13. september 2005 til den 13. februar 2006. Efter hans anke af de forskellige afgørelser, hvorved han var blevet nægtet opholdstilladelse, fik Gerardo Ruiz Zambrano opholdsret ved en særlig tilladelse, som gjaldt, indtil disse sager var endeligt afgjort.

28. Den 10. oktober 2005 blev Gerardo Ruiz Zambranos ansættelseskontrakt midlertidigt afbrudt. Han ansøgte straks Office national de l'emploi om midlertidig arbejdsløshedsunderstøttelse. Denne ansøgning blev afvist med den begrundelse, at han ikke havde arbejdstilladelse (fordi hans ophold i Belgien var ulovligt). Han anlagde sag ved Tribunal du travail, hvor han anfægtede dette afslag

8 — I henhold til den relevante colombianske lovgivning får børn, der er født uden for Colombia, ikke colombiansk statsborgerskab, medmindre der udtrykkeligt er udtrykt ønske herom ved henvendelse til de konsulære repræsentationer. Det var ikke tilfældet vedrørende Diego og Jessica Ruiz Moreno.

9 — Jf. ovenfor, punkt 21.

(herefter »det første søgsmål«), men blev kort efter genansat på fuld tid hos Plastoria.

29. Som følge af det første søgsmål iværksatte de belgiske arbejdsmyndigheder imidlertid en undersøgelse af vilkårene for Gerardo Ruiz Zambranos ansættelse. I denne forbindelse aflagde en kontrollør fra disse myndigheder besøg hos Plastoria den 11. oktober 2006. Han fandt Gerardo Ruiz Zambrano på arbejde og bekræftede, at han ikke havde en arbejdstilladelse. Kontrolløren beordrede, at hans ansættelse øjeblikkeligt skulle bringes til ophør. Plastoria ophævede Gerardo Ruiz Zambranos ansættelseskontrakt uden godtgørelse med den begrundelse, at der forelå force majeure, og gav ham den officielle formular (»C4«) som attest for betaling af sociale bidrag og arbejdsløshedsforsikring i hele ansættelsesperioden fra oktober 2001 til oktober 2006.

30. De belgiske arbejdsmyndigheder besluttede ikke at strafforfølge Plastoria, idet de fastslog, at der bortset fra at virksomheden havde ansat Gerardo Ruiz Zambrano uden en arbejdstilladelse, ikke var konstateret andre overtrædelser af kravene i forbindelse med forpligtelser vedrørende social sikring, pligten til at føre arbejdsretlige dokumenter, arbejdsulykkeforsikring og forpligtelser vedrørende løn.

31. Efter at være blevet arbejdsløs sendte Gerardo Ruiz Zambrano endnu en ansøgning til Office national de l'emploi, hvor han denne gang søgte om fuld arbejdsløshedsunderstøttelse. Han fik atter afslag på sin ansøgning. Gerardo Ruiz Zambrano anlagde endnu en sag ved Tribunal du travail de Bruxelles, hvor han anfægtede denne afgørelse (herefter »det andet søgsmål«). Det første og det andet søgsmål er genstand for hovedsagen.

32. I sit skriftlige indlæg har den belgiske regering bemærket, at Gerardo Ruiz Zambrano som følge af en regeringsforanstaltning med henblik på regulering af særlige situationer for personer, der opholder sig illegalt i landet, den 30. april 2009 fik en midlertidig opholdstilladelse, med mulighed for fornyelse, samt en arbejdstilladelse (type C). Den sidstnævnte har dog ikke tilbagevirkende kraft, og Gerardo Ruiz Zambranos ansættelse i Plastoria fra 2001 til 2006 anses stadig for ikke at have været omfattet af en arbejdstilladelse.

De præjudicielle spørgsmål

33. I de søgsmål, der er anlagt til prøvelse af de to afgørelser fra Office national de l'emploi, hvorved der blev givet afslag på Gerardo Ruiz Zambranos ansøgning om midlertidig og

fuld arbejdsløshedsunderstøttelse, har Tribunal du travail de Bruxelles forelagt følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Tillægger én eller flere af bestemmelserne i artikel 12 [EF], 17 [EF] og 18 [EF] — læst hver for sig eller i sammenhæng — unionsborgeren en ret til at opholde sig på den medlemsstats område, hvori unionsborgeren er statsborger, uafhængigt af, om unionsborgeren forudgående har udøvet sin ret til fri bevægelighed på medlemsstaternes område?

2) Skal artikel 12 [EF], 17 [EF] og 18 [EF], sammenholdt med artikel 21, 24 og 34 i chartret om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at den ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som bestemmelserne tillægger enhver unionsborger — når unionsborgeren er et mindreårigt, lille barn, som forsørges af en slægtning i opstigende linje, der er tredjelandsstatsborger — indebærer, at barnet skal sikres denne opholdsret på den medlemsstats område, hvori det er bosat og er statsborger — uafhængigt af, om barnet selv eller via sin værge forudgående har udøvet sin ret til fri bevægelighed — ved, at opholdsretten afpasses efter den tilsigtede virkning, der i Fællesskabets retsinstansers praksis (dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925) er fundet nødvendig, ved at tillægge en slægtning i opstigende linje, der er tredjelandsstatsborger, som forsørger det nævnte barn og har rådighed over tilstrækkelige midler samt en sygeforsikring, den afledte opholdsret, som ville tilkomme selv samme tredjelandsstatsborger, hvis det mindreårige barn, som forsørges af tredjelandsstatsborgeren, havde været en unionsborger, som ikke har statsborgerskab i den medlemsstat, hvori det er bosat?

3) Skal artikel 12 [EF], 17 [EF] og 18 [EF], sammenholdt med artikel 21, 24 og 34 i chartret om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at den ret, som tilkommer et mindreårigt barn, der er statsborger i en medlemsstat, til at opholde sig på den medlemsstats område, hvori det er bosat, medfører en fritagelse for kravet om arbejdstilladelse for en slægtning i opstigende linje, der er tredjelandsstatsborger, forsørger det nævnte, mindreårige barn, og som — hvis det ikke var for det krav om arbejdstilladelse, som er foreskrevet i national ret i den medlemsstat, hvori han er bosat — ved at udøve en lønnet beskæftigelse, hvorved vedkommende er lovpligtigt underkastet den sociale sikringsordning i denne stat, opfylder betingelsen om tilstrækkelige midler og besiddelse af en sygeforsikring, således

at barnets opholdsret stemmer overens med den tilsigtede virkning, som i Fællesskabets retsinstansers praksis (dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925) er tillagt et mindreårigt barn, som er unionsborger og har statsborgerskab i en anden medlemsstat end den, hvori det er bosat, og som forsørges af en slægtning i opstigende linje, der er tredjelandsstatsborger?«

34. Der er indgivet skriftlige indlæg af Gerardo Ruiz Zambrano, den belgiske, danske, tyske og græske regering, Irland, den nederlandske, polske og østrigske regering samt af Kommissionen.

35. Gerardo Ruiz Zambranos advokat og repræsentanter for den belgiske, danske, græske og franske regering, Irland og den nederlandske regering samt Kommissionen var til stede i retsmødet den 26. januar 2010, hvor de afgav mundtlige indlæg.

Indledende punkter

36. Ingen af parterne i denne præjudicielle forelæggelse har specifikt rejst tvivl om, hvorvidt den kan antages til realitetsbehandling. Der er imidlertid to spørgsmål, som jeg vil komme ganske kort ind på.

37. Det første drejer sig om, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål har nogen reel betydning for afgørelsen af hovedsagen.

38. Det fremgår af de oplysninger, der indgår i forelæggelseskendelsen, at Gerardo Ruiz Zambrano har opfyldt de materielle betingelser for berettigelse til arbejdsløshedsunderstøttelse (f.eks. at han har arbejdet i mindst 468 dage i 27 måneder forud for ansøgningen, som det kræves i artikel 30 i kongelig anordning af 25.11.1991, og har betalt de relevante sociale sikringsbidrag). Der er to indbyrdes forbundne faktorer, der står i vejen for hans ret til understøttelse. For det første fremgår det af nationale lovforskrifter [10], at kun arbejde, der overholder lovgivningen om udlændinge og udenlandske arbejdstagere, kan tages i betragtning. Anvendelsen af denne betingelse indebærer, at der skal ses bort fra Gerardo Ruiz Zambranos fuldtidsansættelse hos Plastoria fra den 1. oktober 2001 til den 12. oktober 2006, eftersom han på intet tidspunkt i denne periode var i besiddelse af en arbejdstilladelse og fra og med den 13. september 2005 kun havde et registreringsbevis, der gav ham opholdsret [11]. For det andet er det fastsat i den nationale lovgivning, at en udenlandsk arbejdstager skal overholde

10 — Artikel 43, stk. 1, andet punktum, i kongelig anordning af 25.11.1991 og artikel 7, stk. 14, andet punktum, i lovdekret af 28.12.1944.

11 — Jf. ovenfor, henholdsvis punkt 24 og 22.

lovgivningen om udlændinge for at kunne modtage ydelser [12].

39. Hele Gerardo Ruiz Zambranos søgsmål ved den nationale ret afhænger af, om han som tredjelandsstatsborger, der er far til et barn, som er belgisk statsborger, enten a) kan sidestilles med en EU-borger, eller b) har afledt opholdsret som følge af, at hans børn er både belgiske statsborgere og unionsborgere. Både a) og b) ville medføre den nødvendige opholdsret i henhold til EU-retten [13]; a) ville i sig selv også fritage ham for kravet om en arbejdstilladelse, og b) ville sandsynligvis analogt give ham mulighed for at henholde sig til undtagelsen fra kravet om arbejdstilladelse i henhold til artikel 2, stk. 2, nr. 2), litra b), i lov af 30. april 1999, der gælder for slægtninge i opstigende linje, *der forsørges* af en belgisk statsborger. Hvis dette ikke var tilfældet (fortsætter argumentet), ville der være omvendt forskelsbehandling af belgiske statsborgere, som ikke havde udøvet retten til fri bevægelighed i henhold til EU-retten, idet de ikke ville kunne drage fordel af bestemmelserne om familiesammenføring [14], hvorefter både EU-borgere, der er flyttet til Belgien fra en anden medlemsstat, og belgiere, der forudgående har udøvet den frie bevægelighed, kan blive sammenført med et familiemedlem i opstigende linje, der er tredjelandsstatsborger, og som ikke forsørges af den belgiske statsborger.

40. Selv om den umiddelbare genstand for hovedsagen vedrører en ansøgning om arbejdsløshedsunderstøttelse i henhold til lovgivningen om sociale ydelser/beskæftigelseslovgivningen, og ikke en forvaltningsretlig ansøgning om opholdstilladelse, er det således tydeligt, at den nationale ret ikke kan afgøre den sag, der er forelagt, uden at vide, a) hvorvidt Gerardo Ruiz Zambrano kan gøre en afledt rettighed i henhold til EU-retten gældende grundet i det forhold, at hans børn, som belgiske statsborgere, også er unionsborgere, og b) hvilke rettigheder der ville blive sikret en belgisk statsborger, der som unionsborger *havde* været i en anden medlemsstat og derefter vendte tilbage til Belgien (for at vurdere argumentet om omvendt forskelsbehandling og anvende eventuelle relevante

12 — Artikel 43, stk. 1, første punktum, og artikel 69, stk. 1, i kongelig anordning af 25.11.1991 og artikel 7, stk. 14, første punktum, i lovdekret af 28.12.1944.

13 — I henhold til fast retspraksis har en opholdstilladelse til formål at bekræfte opholdsretten og ikke at tildele denne. Jf. dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 50, og af 17.2.2005, sag C-215/03, Oulane, Sml. I, s. 1215, præmis 25.

14 — Rådets direktiv 90/364/EØF af 28.6.1990 om opholdsret (EFT L 180, s. 26), nu erstattet af 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 (EUT L 158, s. 77, samt berigtigelse i EUT 2004 L 229, s. 35).

nationale retsforskrifter). Desuden har den nationale ret indgående forklaret, at den nationale lovgivning [15] henviser til EU-retten hvad angår definitionen af, hvem der anses for »familiemedlem« til en unionsborger, hvilket tyder på, at den er relevant for afgørelsen af hovedsagen [16].

41. Det andet spørgsmål følger af, at Gerardo Ruiz Zambranos advokat har oplyst Domstolen, at Belgiens Conseil d'État og Cour Constitutionnelle begge for nylig har afsagt dom under lignende omstændigheder, hvor de fastslog, at der som følge af den omvendte forskelsbehandling, som EU-retten havde skabt, var sket en tilsidesættelse af det forfatningsretlige lighedsprincip [17]. Som følge heraf kan man måske mene, at denne præjudicielle forelæggelse er overflødig. Sagt på en anden måde: Er det stadig nødvendigt for den forelæggende ret at få besvaret sine spørgsmål om EU-retten, nu, hvor den har fået den relevante vejledning i henhold til nationale retsforskrifter fra sine egne højere retsinstanser?

42. Det mener jeg, at det er.

43. Før Tribunal du travail kan anvende den praksis, som er skabt af Conseil d'État og Cour Constitutionnelle, er den nødt til at fastslå, hvorvidt der rent faktisk opstår en situation med omvendt forskelsbehandling som følge af samspillet mellem EU-retten og den nationale lovgivning. Hertil er den nødt til at have Domstolens vejledning med hensyn til den korrekte fortolkning af EU-retten. Domstolen har tidligere fastsat referencer, som netop tjener dette formål, nemlig at gøre det lettere for den forelæggende ret at sammenligne retstilstanden i henhold til EU-retten med den nationale retstilstand [18]. Den har i en række sager medgivet, at den bør tage stilling, hvis »fortolkningen af fællesskabsbestemmelser [nu EU-bestemmelser] eventuelt kan være nyttig for de nationale retsinstanser, […] navnlig såfremt det er et krav i den nationale lovgivning, at den pågældende medlemsstats statsborgere skal have de samme rettigheder som dem, en statsborger fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på fællesskabsretten

15 — Artikel 40a i lov af 15.12.1980 og artikel 2 i kongelig anordning af 9.6.1999.

16 — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 42.

17 — Conseil d'État, dom 193.348 af 15.5.2009 og dom 196.294 af 22.9.2009, Cour Constitutionnelle, dom 174/2009 af 3.11.2009.

18 — Jf. f.eks. dom af 5.12.2000, sag C-448/98, Guimont, Sml. I, s. 10663, præmis 23, af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 — C-524/99 og C-526/99 — C-540/99, Reisch, Sml. I, s. 2157, præmis 26, af 11.9.2003, sag C-6/01, Anomar m.fl., Sml. I, s. 8621, præmis 41, og af 1.4.2008, sag C-212/06, Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, Sml. I, s. 1683, præmis 29.

[nu EU-retten] i en tilsvarende situation« [19]. Repræsentanten for den belgiske regering medgav da også i sit mundtlige indlæg, at den forelæggende ret var nødt til at have et svar fra Domstolen for at kunne undersøge, hvorvidt der er tale om omvendt forskelsbehandling forårsaget af EU-retten.

44. Som følge heraf er det nødvendigt, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål.

Omrokering af problemstillingerne

45. Den nationale rets spørgsmål indebærer tre argumentationslinjer. Selv om disse måske ikke fremgår tydeligt af de præjudicielle spørgsmåls faktiske ordlyd, kan de udledes af den mere detaljerede analyse i forelæggelseskendelsen.

46. Den nationale rets største tvivl drejer sig om, hvorvidt der skal være tale om bevægelse, for at traktatens bestemmelser om unionsborgerskab finder anvendelse. Den nationale ret er klar over, at artikel 20 TEUF og 21 TEUF adskiller sig begrebsmæssigt fra arbejdskraftens frie bevægelighed i medfør af artikel 45 TEUF, etableringsfrihed i medfør af artikel 49 TEUF og fra alle de »økonomiske« friheder i medfør af artikel 34 ff. TEUF. Spørgsmålet er imidlertid, hvor meget bestemmelserne om unionsborgerskab adskiller sig fra de øvrige bestemmelser.

47. Dernæst ønsker den nationale ret oplyst, hvilken rolle grundlæggende rettigheder (navnlig den grundlæggende ret til respekt for familielivet, som Domstolen har gjort rede for i Carpenter-dommen [20], MRAX-dommen [21] og Zhu og Chen-dommen [22]) spiller for fastsættelsen af anvendelsesområdet for artikel 20 TEUF og 21 TEUF.

48. Endelig har den nationale ret stillet spørgsmål om artikel 18 TEUF's funktion hvad angår beskyttelse af privatpersoner mod omvendt forskelsbehandling, der er skabt af EU-retten med bestemmelserne om unionsborgerskab.

19 — Dommen i sagen Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 40.

20 — Dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279.

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

22 — Dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925. Efter at have gennemgået de nationale sagsakter i sagen Zhu og Chen, skal jeg benytte lejligheden til at afklare en langvarig forvirring i terminologien. Catherines moder var født Lavette Man Chen. Hun indgik ægteskab med Guoqing Zhu (kendt som Hopkins Zhu) og blev fru Zhu. Parrets datter var derfor Catherine Zhu. Både moder og datter havde efternavnet Zhu på tidspunktet for indgivelse af den ansøgning, der gav anledning til sag C-200/02. Henvisningen til Chen (og den efterfølgende forvirring med hensyn til, hvilken ansøger der var Zhu, og hvem der var Chen) skyldes en simpel misforståelse.

49. Af hensyn til overskueligheden, og for at den nationale ret kan få et brugbart svar, vil jeg behandle de tre spørgsmål som følger.

50. Først vil jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt Diego og Jessica kan påberåbe sig rettigheder i medfør af artikel 20 TEUF og 21 TEUF som unionsborgere, på trods af at de (endnu) ikke har bevæget sig uden for den medlemsstat, hvor de er statsborgere, og hvorvidt Gerardo Ruiz Zambrano derfor kan gøre et krav gældende om afledt opholdsret, for at han kan være i Belgien og tage sig af og forsørge sine mindreårige børn (herefter »spørgsmål 1«). For at behandle dette spørgsmål er jeg nødt til at overveje, hvorvidt dette — som det er hævdet — er en »rent intern« situation, eller hvorvidt der rent faktisk er tilstrækkelig forbindelse til EU-retten til, at der kan påberåbes unionsborgerskabsrettigheder. Det rejser også spørgsmålet, hvorvidt artikel 21 TEUF spænder over to uafhængige rettigheder — retten til at færdes *og* en selvstændig ret til at opholde sig — eller hvorvidt den udelukkende indebærer retten til at færdes (og *derefter* opholde sig).

51. For det andet vil jeg behandle spørgsmålet om omvendt forskelsbehandling, som den nationale ret nævner gentagne gange. Jeg vil derfor undersøge anvendelsesområdet for artikel 18 TEUF og stille spørgsmålet, hvorvidt denne artikel kan anvendes i tilfælde af omvendt forskelsbehandling, der er skabt af EU-retlige bestemmelser om unionsborgerskab (herefter »spørgsmål 2«). Selv om dette spørgsmål har været taget op inden for de seneste år [23], er det stadig ikke besvaret.

52. Endelig vil jeg behandle spørgsmålet om grundlæggende rettigheder (herefter »spørgsmål 3«). Den nationale ret har i forelæggelseskendelsen gjort det helt klart, at den ønsker vejledning i spørgsmålet om, hvorvidt den grundlæggende ret til respekt for familielivet spiller en rolle i denne sag, hvor hverken unionsborgeren eller hans colombianske forældre har bevæget sig uden for Belgien. Dette spørgsmål rejser selv et mere grundlæggende spørgsmål, nemlig hvad er rækkevidden af EU's grundlæggende rettigheder? Kan de påberåbes uafhængigt? Eller skal der være en tilknytning til en anden, klassisk, EU-rettighed?

53. Da spørgsmålet om grundlæggende rettigheder er klart gennemgående i alle tre spørgsmål, vil jeg indledningsvis, før jeg påbegynder denne analyse, se på, hvorvidt det er rimeligt at antage, at Gerardo Ruiz Zambrano og hans familie reelt risikerer at blive ofre for krænkelse af den grundlæggende ret til respekt for familielivet i henhold til EU-retten.

23 — Jf. navnlig mit forslag til afgørelse i sagen Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 18.

Indledning: Ruiz Zambrano-familiens situation og den potentielle krænkelse af EU's grundlæggende ret til respekt for familielivet

54. I Carpenter-dommen [24] anerkendte Domstolen, at den grundlæggende ret til respekt for familielivet er en del af de almindelige EU-retlige principper. Domstolen lagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg«) praksis til grund for denne afgørelse. I Boultif-dommen [25] fastslog denne domstol, at »den omstændighed, at en person nægtes indrejse i det land, hvor den pågældendes nære slægtninge bor, [kan] udgøre et indgreb i retten til respekt for familielivet, således som denne ret er beskyttet ved [EMRK's] artikel 8, stk. 1« [26]. EMRK's definition af »familie« er hovedsageligt begrænset til kernefamilien [27], der tydeligvis omfatter Gerardo Ruiz Zambrano og hans hustru, som forældre til Diego og Jessica.

55. I Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourgs praksis fastslås ligeledes, at det kun kan tillades, at en person fjernes fra sine familiemedlemmer, hvis det påviseligt er »nødvendigt i et demokratisk samfund, dvs. at det skal være berettiget ud fra tvingende samfundsmæssige hensyn og navnlig stå i et rimeligt forhold til det forfulgte formål« [28]. Anvendelsen af artikel 8, stk. 2, EMRK om undtagelser fra den rettighed, der er sikret ved artikel 8, stk. 1, EMRK, indebærer en proportionalitetskontrol, der (bl.a.) tager hensyn til faktorer såsom hvornår familien bosatte sig, sagsøgerens gode tro, kulturelle og sociale modsætninger i den stat, som familiemedlemmerne ville blive sendt til, og deres grad af integration i samfundet i den kontraherende stat [29].

56. Selv om Domstolen nøje følger Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourgs praksis, har den udviklet sin egen argumentation. Sammenfattende vil Domstolen yde beskyttelse i følgende tilfælde og/eller med henvisning til følgende faktorer [30].

24 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 41. Jf. desuden MRAX-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 53, dom af 27.4.2006, sag C-441/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3449, præmis 109, af 14.4.2005, sag C-157/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2911, præmis 26, af 31.1.2006, sag C-503/03 Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1097, præmis 41, af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607, præmis 58 og 59, af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 52, og af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241, præmis 79. Vedrørende Fællesskabets grundlæggende ret til respekt for familielivet og dens konsekvens for tredjelandsstatsborgere, se S. Carrera, *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 375-388.

25 — Dom af 2.8.2001, Boultif mod Schweiz, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, præmis 39, 41 og 46.

26 — Jf. desuden dom af 11.7.2002, Amrollahi mod Danmark, ikke trykt, præmis 33-44.

27 — Dom af 9.10.2003, Slivenko mod Letland, Recueil des arrêts et décisions 2003-X, præmis 94.

28 — Jf. dom af 26.9.1997, Mehemi mod Frankrig, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, præmis 34, og af 19.2.1998, Dalia mod Frankrig, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, præmis 52.

29 — Dom af 21.12.2001, Sen mod Nederlandene, ikke trykt, præmis 40.

30 — Vedrørende forskellene mellem Domstolens praksis og Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourgs praksis med hensyn til artikel 8 EMRK, jf. F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3. udg., Paris, PUF, 2003, s. 510 og 511.

57. For det første stiller Domstolen ikke krav om, at unionsborgeren skal være sagsøger i hovedsagen, for at der ydes beskyttelse. Den grundlæggende ret til respekt for familielivet i henhold til EU-retten har således allerede indirekte sikret beskyttelse af tredjelandsstatsborgere, som var nære slægtninge til en unionsborger. Da der ville have været tale om indgreb i unionsborgerens ret til respekt for familielivet, var den tredjelandsstatsborger, som var det familiemedlem, der havde indledt søgsmålet, også sikret beskyttelse [31].

58. For det andet kan den grundlæggende rettighed også påberåbes, selv om det familiemedlem, der får påbud om at forlade landet, ikke opholder sig lovligt dér [32].

59. For det tredje tager Domstolen hensyn til, hvorvidt familiemedlemmet er til fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed (hvilket kan begrunde en udvisning fra landet) [33].

60. For det fjerde vil Domstolen kun acceptere en begrundelse vedrørende misbrug af rettigheder, såfremt medlemsstaten kan fremlægge klare beviser for, at sagsøgeren var i ond tro [34].

61. Disse og andre aspekter af de grundlæggende rettigheder, som denne sag omhandler — retten til respekt for familielivet og barnets rettigheder — afspejles i henholdsvis artikel 7 og artikel 24, stk. 3, i chartret. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var chartret »soft law« og var ikke bindende for de belgiske myndigheder. Imidlertid anvendte Domstolen det allerede som en hjælp til sin fortolkning, også i sager vedrørende retten til respekt for familielivet [35]. Efter Lissabontraktatens ikrafttræden har chartret opnået status som primær ret [36].

62. Jeg mener, at de belgiske myndigheders beslutning om at påbyde Gerardo Ruiz Zambrano at forlade Belgien, efterfulgt at deres

31 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20. I Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, var både den mindreårige datter (Catherine Zhu, unionsborgeren) og tredjelandsstatsborgeren (hendes mor, fru Zhu) formelt set sagsøgere. På grund af Catherines alder var søgsmålet reelt indledt af moderen alene på vegne af datteren og på egne vegne.

32 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44. I henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning om udlændinge var Mary Carpenter såkaldt »overstayer« (en person, som havde fået indrejsetilladelse til Det Forenede Kongerige, men var forblevet i landet efter tilladelsens udløb), mens Gerardo Ruiz Zambrano er afvist asylansøger. Som jeg forstår det, kan der imidlertid ikke sondres på dette grundlag. Det fremgår klart af Carpenter-dommen, at Secretary of State i henhold til den nationale lovgivning havde samme ret til at sagsøge Mary Carpenter, som de belgiske myndigheder har ret til at sagsøge Gerardo Ruiz Zambrano i denne sag.

33 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44.

34 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44, Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 36-41, Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 57, og Metock-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 75.

35 — Jf. dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 38.

36 — Jf. artikel 6, stk. 1, TEU.

vedvarende afslag på hans ansøgninger om opholdstilladelse, udgør en potentiel krænkelse af hans børns grundlæggende ret til respekt for familielivet og til beskyttelse af deres rettigheder som børn og herved også (ifølge Carpenter-dommen og Zhu og Chen-dommen) af Gerardo Ruiz Zambranos tilsvarende ret til respekt for familielivet som deres far. Når jeg siger »potentiel«, er det, fordi Gerardo Ruiz Zambrano stadig befinder sig på belgisk område. Det er dog indlysende, at det vil udløse en krænkelse af disse rettigheder, hvis udvisningsordren sættes i kraft.

63. Det er ligeledes indlysende, at der sandsynligvis vil være tale om en alvorlig krænkelse. Hvis Gerardo Ruiz Zambrano skal udvises, vil hans hustru også blive udvist. Disse foranstaltninger ville få gennemgribende konsekvenser for børnene. På grund af deres alder ville børnene ikke længere kunne leve et selvstændigt liv i Belgien. Derfor ville det mindste onde for dem sandsynligvis være at forlade Belgien sammen med deres forældre. Det ville imidlertid indebære, at de blev revet op med rode fra det samfund og den kultur, hvor de var født og blevet integreret. Selv om det i sidste ende tilkommer den nationale ret at foretage den detaljerede bedømmelse i den enkelte sag, synes det rimeligt at gå ud fra, at krænkelsen højst sandsynligt vil være af betydelig karakter.

64. Det er korrekt, at Gerardo Ruiz Zambranos børn blev født på et tidspunkt, hvor hans situation allerede var ulovlig. Imidlertid tyder de oplysninger, der indgår i forelæggelseskendelsen, på, at Gerardo Ruiz Zambrano er fuldt integreret i det belgiske samfund og ikke udgør en trussel eller risiko. Skønt det tilkommer den nationale ret, der som den eneste tager stilling til de faktiske omstændigheder, at drage de nødvendige konklusioner i denne henseende, anser jeg følgende forhold for at understøtte dette synspunkt.

65. For det første havde Gerardo Ruiz Zambrano regelmæssigt arbejde efter sin indrejse i Belgien, han betalte de pligtige sociale sikringsbidrag og gjorde ikke krav på finansiel bistand [37]. For det andet har han og hans hustru tilsyneladende levet et normalt familieliv, og deres børn går nu i skole i Belgien. For det tredje modtog de belgiske myndigheder villigt Gerardo Ruiz Zambranos sociale sikringsbidrag til den belgiske statskasse i fem år, mens han arbejdede hos Plastoria. Denne velvillighed står i besynderlig kontrast til et andet belgisk ministeriums tøven, når det

37 — Jeg gør opmærksom på, at Gerardo Ruiz Zambrano ville være berettiget til den arbejdsløshedsunderstøttelse, som han nu gør krav på, i kraft af sine tidligere bidrag, såfremt hans ansættelse hos Plastoria fra Diegos fødsel blev medregnet i den ansættelsesperiode, der berettiger til understøttelse.

gælder udstedelse af en opholdstilladelse [38]. For det fjerde tyder det forhold, at Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides udstedte et påbud om non-refoulement, på, at Gerardo Ruiz Zambrano og hans familie ikke kan hjemsendes til Colombia, da det ville bringe dem i reel fare. Hvis de blev tvunget til at forlade Belgien, skulle de således finde en tredje stat, som var villig til at tage imod dem, og som de måske, måske ikke, ville have tilknytning til. For det femte har de belgiske myndigheder ved i 2009 at give Gerardo Ruiz Zambrano en midlertidig opholdstilladelse, som kan fornyes, stiltiende bekræftet, at hans tilstedeværelse i Belgien ikke udgør en risiko for samfundet, og at der ikke er tvingende hensyn til den offentlige orden, som kan begrunde et krav om, at han øjeblikkeligt skal forlade landet.

66. Af disse årsager er det min opfattelse, at det, hvis de belgiske myndigheder fulgte op på deres afslag på Gerardo Ruiz Zambranos ansøgning om opholdstilladelse efter hans første belgiske barns fødsel (Diego) ved at effektuere det udstedte påbud om at forlade landet [39], sandsynligvis ville kunne anses for en væsentlig krænkelse af Diegos — og således indirekte Gerardo Ruiz Zambranos — grundlæggende ret til respekt for familielivet i henhold til EU-retten.

Spørgsmål 1 — unionsborgerskab

Indledende bemærkninger

67. I 1992 blev der ved Maastrichttraktaten indført et unionsborgerskab som en ny, supplerende status for alle borgere i medlemsstaterne. Ved at give alle borgere ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område anerkendte den nye traktat privatpersoners centrale rolle i den nyoprettede Union, *uanset om de var erhvervsaktive eller ikke.* Hver enkelt borger har rettigheder og forpligtelser, der tilsammen udgør en ny status — en status, som Domstolen i 2001 udtalte havde

38 — I dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573, var det forhold, at de kommunale myndigheder i Bruxelles havde udstedt en opholdstilladelse (permis de séjour), skønt de sociale myndigheder modsatte sig at betale »minimex«, tilsyneladende en faktor i Domstolens afgørelse, hvorefter Michel Trojana kunne påberåbe sig artikel 18 EF (nu artikel 21 TEUF), sammenholdt med artikel 12 EF (nu artikel 18 TEUF), jf. dommens præmis 44. Gerardo Ruiz Zambranos gældende midlertidige opholdstilladelse, der kan fornyes, er begrænset til varigheden af appelsagen ved Conseil d'État. Jf. ovenfor, punkt 27.

39 — Så vidt jeg har forstået, er udvisningsordren ganske vist blevet udsat, indtil der er truffet afgørelse i hans appelsag ved Conseil d'État, men den er ikke annulleret.

til »formål at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere« [40].

Kan man påberåbe sig rettigheder, der er afledt af unionsborgerskabet, udelukkende på grundlag af bopæl i den medlemsstat, hvor man har statsborgerskab?

Bevægelighed og den klassiske (økonomiske) ret til fri bevægelighed

68. Jeg vil hævde, at konsekvenserne af denne udtalelse er lige så vigtige og vidtrækkende som konsekvenserne af tidligere milepæle i Domstolens praksis. Jeg anser faktisk Domstolens beskrivelse af unionsborgerskab i Gryzelczyk-dommen for at være af potentielt tilsvarende betydning som dens skelsættende udtalelse i dommen i sagen Van Gend en Loos om, at »Fællesskabet udgør et nyt folkeretligt system, til hvis fordel staterne […] har indskrænket deres suveræne rettigheder, og hvis retssubjekter ikke blot er medlemsstaterne, men også disses statsborgere« [41].

69. Det fremgår af fast retspraksis, at der normalt kræves en form for bevægelse mellem medlemsstaterne, for at de klassiske økonomiske rettigheder forbundet med de fire friheder kan gøres gældende. Selv i denne sammenhæng er det dog værd at bemærke, at Domstolen har fastslået, at det er vigtigt ikke at hindre eller besværliggøre udøvelsen af disse rettigheder, og har set skævt til nationale foranstaltninger, der kan have en afskrækkende virkning på den potentielle udøvelse af den frie bevægelighed.

70. I Dassonville-dommen [42] fastslog Domstolen som bekendt, at »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, skal anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion«. Dette princips bredde har gjort det muligt for Domstolen at undersøge diskriminerende og ikke-diskriminerende nationale foranstaltninger, også selv om der ikke nødvendigvis

40 — Dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Grzelczyk, Sml. I. s. 6193, præmis 31, bekræftet senere i bl.a. dom af 11.7.2002, sag C-224/98, D'Hoop, Sml. I, s. 6191, præmis 28, af 17.9.2002, sag C-413/99, Baumbast og R, Sml. I, s. 7091, præmis 82, af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 65, af 2.10.2003, sag C-148/02, Garcia Avello, Sml. I, s. 11613, præmis 22, Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 25, af 29.4.2004, sag C-224/02, Pusa, Sml. I, s. 5763, præmis 16, af 7.7.2005, sag C-147/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 5969, præmis 45, af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, præmis 31, af 12.7.2005, sag C-403/03, Schempp, Sml. I, s. 6421, præmis 15, af 12.9.2006, sag C-145/04, Spanien mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 7917, præmis 74, af 7.6.2007, sag C-50/06, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9705, præmis 32, og af 16.12.2008, sag C-524/06, Huber, Sml. I, s. 9705, præmis 69.

41 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 12. I denne dom udtalte Domstolen, at medlemsstaterne havde indskrænket deres suveræne rettigheder »om end inden for begrænsede områder«. Da udtalelsen fra dommen i sagen Van Gend en Loos blev gentaget i udtalelse 2/94, var anden del af sætningen taget ud.

42 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5.

har været nogen varebevægelser [43]. Den afskrækkende virkning af en national foranstaltning kan være tilstrækkeligt til at medføre, at artikel 34 TEUF (tidligere artikel 28 EF) finder anvendelse. I Carbonati-dommen [44] fulgte Domstolen således generaladvokat Poiares Maduros anbefalinger og fastslog, at afgifter pålagt varer internt i en medlemsstat udgjorde traktatbrud [45]. Domstolen slog utvetydigt fast, at den nuværende artikel 26, stk. 2, TEUF (tidligere artikel 14, stk. 2, EF) i sin definition af det indre marked som »et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital« ikke »sondrer mellem henholdsvis grænserne mellem staterne og inden for en stat« [46].

71. En tilsvarende kontrol blev anvendt på fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser i Säger-dommen [47], hvor Domstolen forklarede, at artikel 59 EØF (nu artikel 56 TEUF) »ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser«. [48] Ringen sluttedes, med hensyn til dette ræsonnement, i Kraus-dommen [49], hvor Domstolen fastslog, at regler, som »kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for [EU-] borgere, herunder statsborgerne i den medlemsstat, der har udstedt reglerne, at udøve de i EØF-traktaten sikrede grundlæggende friheder«, også hørte under fællesskabsrettens anvendelsesområde [50].

72. Derfor er det nu fast retspraksis, at en person, hvis mulighed for at færdes internt i EU gøres »vanskeligere« eller »mindre attraktivt«, også hvis det er af den medlemsstat,

43 — Jf. bl.a. dom af 12.3.1987, sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1227, præmis 27, af 23.9.2003, sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 9693, præmis 39, af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 66, af 19.6.2003, sag C-420/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6445, præmis 25, og af 5.2.2004, sag C-24/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1277, præmis 22.

44 — Dom af 9.9.2004, sag C-72/03, Sml. I, s. 8027.

45 — Generaladvokaten gjorde klart rede for karakteren af de foranstaltninger, der er tale om i sager som Carbonati-sagen, og erkendt, at »hverken den nationale lovgivning eller fællesskabsretten i sig selv [skaber] en forskelsbehandling. Forskelsbehandlingen er imidlertid resultat af den delvise anvendelse af [EU-retten] på den pågældende nationale lovgivning. Selv om denne situation hverken er ønsket eller forudset, er den en nødvendig følge af [EU-rettens] anvendelse. Selv om situationen i sine hovedelementer er omfattet af den nationale lovgivning, er den også en »restsituation« set ud fra en [EU-retlig] synsvinkel. Ved de virkninger, som [EU-retten] frivilligt eller ufrivilligt har skabt, bliver den en af de grundlæggende bestanddele heraf« (punkt 62).

46 — Carbonati-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 23.

47 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Sml. I, s. 4221.

48 — Säger-dommen, præmis 12.

49 — Dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Sml. I, s. 1663, præmis 28 og 32.

50 — Kraus-dommen, præmis 32. Jf. desuden bl.a. dom af 7.7.1992, sag C-370/90, Singh, Sml. I, s. 4265, præmis 23, hvor denne praksis blev anvendt på en familie bestående af mand og kone.

hvor den pågældende er statsborger, kan påberåbe sig traktatsikrede rettigheder [51].

73. Domstolen har ganske vist allerede accepteret en vis udvanding af princippet om, at udøvelsen af rettigheder kræver en faktisk, fysisk bevægelse over en grænse. I Alpine Investments-dommen [52] fastslog den således, at et forbud mod at tage telefonisk kontakt med potentielle kunder i en anden medlemsstat faldt inden for anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser, selv om der ikke skete nogen fysisk bevægelse. I Carpenter-dommen [53] fastslog Domstolen, at EU-retten var afgørende for udfaldet af en anfægtelse af en udvisningsordre fra Det Forenede Kongerige mod en filippinsk statsborger. EU-retten var blevet påberåbt på det grundlag, at Mary Carpenters mand, som var britisk statsborger, nu og da foretog rejser til andre medlemsstater for at sælge reklameplads i et britisk tidsskrift. Domstolen godtog det argument, at det var lettere for Mary Carpenters mand at levere og modtage tjenesteydelser, fordi hun tog sig af hans børn af første ægteskab. Derfor fastslog Domstolen, at en udvisning af Mary Carpenter ville indebære en begrænsning i hendes mands ret til at levere og modtage tjenesteydelser [54].

74. I en nyere dom, Metock-dommen [55], fastslog Domstolen, at det forhold, at Blaise Baheten Metocks hustru, en camerouner, som havde fået britisk statsborgerskab, og som allerede var bosat og havde arbejde i Irland, da hun giftede sig med sin mand (ligeledes camerouner, som hun havde mødt 12 år tidligere i Cameroun), tidligere havde udøvet sin ret til fri bevægelighed, var tilstrækkeligt til, at han kunne erhverve en afledt opholdsret i Irland, til trods for at han ikke opfyldte det nationalretlige krav om, at han skulle have opholdt sig lovligt i en anden medlemsstat, inden han rejste ind i Irland [56].

Bevægelse og unionsborgerskab

75. I mange sager, der vedrører unionsborgerskab, er der et tydeligt, identificerbart grænseoverskridende element, der modsvarer udøvelsen af den klassiske økonomiske ret

51 — Jf. bl.a. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, af 9.9.2003, sag C-285/01, Burbaud, Sml. I, s. 8219, præmis 95, af 14.10.2004, sag C-299/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9761, præmis 15, af 26.5.2005, sag C-249/04, Allard, Sml. I, s. 4535, præmis 32, og af 17.7.2008, sag C-389/05, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5337, præmis 56.

52 — Dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Sml. I, s. 1141.

53 — Nævnt ovenfor i fodnote 20.

54 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 39.

55 — Nævnt ovenfor i fodnote 24.

56 — Metock-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 58.

til fri bevægelighed. I sagen Bickel og Franz [57] var de to sagsøgte således en østrigsk og en tysk statsborger, som der var rejst straffesag mod i den italienske region Trentino-Alto Adige (dvs. det tidligere Sydtyrol), og som håbede, at sagen kunne føres på tysk i stedet for italiensk. I Martínez Sala-sagen [58] var sagsøgeren en spansk statsborger, der var flyttet til Tyskland. I Bidar-sagen [59] var Dany Bidar flyttet fra Frankrig til Det Forenede Kongerige, hvor han boede hos sin bedstemor, for at færdiggøre sin uddannelse, efter at hans mor var død, inden han søgte om et studielån til finansiering af sit universitetsstudium.

I sagen Grunkin og Paul [61] rejste Leonhard Matthias Grunkin Paul mellem Danmark (hvor han var født, boede og gik i skole) og Tyskland (hvor han var statsborger) for at besøge sin fraskilte far, som boede dér. Han havde brug for et tysk pas, der var udstedt med det samme navn, som han lovligt var blevet tildelt i Danmark, i stedet for et andet navn.

77. Jeg mener dog ikke, at udøvelsen af de rettigheder, der følger af unionsborgerskabet, altid er uadskilleligt og uomgængeligt forbundet med fysisk bevægelse. Der er også allerede unionsborgerskabssager, hvor faktisk bevægelse er et element, som kun akkurat er synligt, eller er rent ud sagt ikke-eksisterende.

76. Desuden har der som regel, når statsborgere over for deres egen medlemsstat gør rettigheder gældende, der følger af unionsborgerskabet, været en forudgående bevægelse væk fra denne medlemsstat efterfulgt af tilbagevenden. I D'Hoop-sagen [60] flyttede Marie-Nathalie D'Hoop fra Belgien til Frankrig, hvor hun færdiggjorde sin uddannelse, hvorefter hun flyttede tilbage til Belgien, hvor hun søgte om den ungdomsarbejdsløshedsydelse, der blev givet til unge, som netop havde færdiggjort studiet og søgte arbejde for første gang.

78. I García Avello-sagen [62] var forældrene spanske statsborgere, der var flyttet til Belgien, men deres børn, Esmeralda og Diego (som var statsborgere både i Spanien og Belgien, og hvis anfægtede efternavn var genstand for sagen), var født i Belgien og havde ikke på noget tidspunkt, så vidt man kan forstå af sagen, været rejst fra landet. I Zhu og Chen-sagen [63] var Catherine Zhu født i én del af Det Forenede Kongerige (Nordirland) og var kun flyttet *inden for* Det Forenede Kongerige (til England). Den lov, som på det

57 — Dom af 24.11.1998, sag C-274/96, Sml. I, s. 7637.
58 — Dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Sml. I, s. 2591.
59 — Nævnt ovenfor i fodnote 40.
60 — Nævnt ovenfor i fodnote 40.
61 — Dom af 14.10.2008, sag C-353/06, Grunkin og Paul, Sml. I, s. 7639.
62 — Nævnt ovenfor i fodnote 40.
63 — Nævnt ovenfor i fodnote 22.

pågældende tidspunkt tildelte alle, der var født på øen Irland (herunder Nordirland), irsk statsborgerskab, betød, sammen med kompetent juridisk rådgivning, at hun kunne påberåbe sig unionsborgerskabet til at opnå opholdsret i Det Forenede Kongerige til sig selv og sin kinesiske mor, idet det ellers ville have været umuligt for hende, som et lille barn, effektivt at udøve sine rettigheder som unionsborger. I Rottmann-sagen [64] fik Janko Rottmann det afgørende statsborgerskab (tysk statsborgerskab ved naturalisation i stedet for sit tidligere østrigske statsborgerskab, der var erhvervet ved fødslen), efter at han var flyttet til Tyskland fra Østrig. Dommen ser dog bort fra den tidligere flytning og ser udelukkende på de *fremtidige* følger, som en fortabelse af tysk statsborgerskab ville få, idet Janko Rottmann ville blive statsløs. (Jeg vil senere komme nærmere ind på denne nyere, vigtige dom) [65].

79. Når man ser på de forskellige rettigheder, som traktaten tillægger unionsborgere, er det tydeligt, at nogle af disse — især valgret og valgbarhed ved kommunalvalg og valg til Europa-Parlamentet — kun kan påberåbes i andre medlemsstater end den, hvor den pågældende person er statsborger [66]. Andre rettigheder — retten til at indgive andragender til Europa-Parlamentet i henhold til artikel 227 TEUF og retten til at henvende sig til Ombudsmanden i henhold til artikel 228 TEUF — kan tilsyneladende udøves uden geografiske begrænsninger [67]. Retten til beskyttelse hos diplomatiske og konsulære myndigheder i henhold til artikel 23 TEUF (tidligere artikel 20 EF) kan udøves i et hvilket som helst tredjeland, hvor den medlemsstat, som den pågældende person er statsborger i, ikke er repræsenteret.

80. Det, som, måske, er »kernerettigheden«, nemlig retten til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område« [68], er vanskeligere at bestemme. Er der tale om en samlet rettighed (»retten til at færdes kombineret med at opholde sig«)? En rettighed, der involverer en rækkefølge (»retten til at færdes og opholde sig, efter at man på et tidligere tidspunkt har færdedes«)? Eller to selvstændige

64 — Dom af 2.3.2010, sag C-135/08, Rottmann, Sml. I, s. 1449.

65 — Jf. nedenfor, punkt 93 ff.

66 — Jf. artikel 22 TEUF (tidligere artikel 19 EF) med den specifikke ordlyd »der har bopæl i en medlemsstat, hvor han ikke er statsborger«, og artikel 20, stk. 2, litra b), TEUF (tidligere artikel 17 EF), som henviser til unionsborgere, der udøver disse rettigheder »i den medlemsstat, hvor de har bopæl, på samme betingelser som statsborgerne i denne stat«.

67 — Begge rettigheder er fastsat i artikel 24 TEUF (tidligere artikel 21 EF). I henhold til samme artikel kan en unionsborger desuden (antagelig) skrive til enhver af institutionerne fra et hvilket som helst sted på jorden, forudsat at han overholder sprogordningen, og har ret til at få svar. Således kunne (f.eks.) Gerardo Ruiz Zambranos børn skrive til en af institutionerne på spansk fra et hvilket som helst tredjeland, og fra en hvilken som helst medlemsstat, og have ret til at få svar.

68 — Som angivet i artikel 20, stk. 2, litra a), TEUF (tidligere artikel 17 EF) og artikel 21, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 18, stk. 1, EF).

rettigheder (»retten til at færdes« *og* »retten til at opholde sig«)?

Virkningen af grundlæggende rettigheder

81. Stillet over for valget mellem at begrænse fortolkningen af »retten til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område« i medfør af artikel 20, stk. 2, litra a), og artikel 21, stk. 1, TEUF til situationer, hvor unionsborgeren først har bevæget sig til en anden medlemsstat, eller fastslå, at begreberne »færdes« og »opholde sig« kan læses adskilt fra hinanden, hvorved der ikke er noget til hinder for, at en unionsborger kan påberåbe sig disse rettigheder, når han opholder sig (uden tidligere bevægelse) i den medlemsstat, hvor han er statsborger, hvad bør Domstolen så gøre?

82. Her er det nødvendigt at vende tilbage til spørgsmålet om beskyttelse af grundlæggende rettigheder inden for EU's retsorden.

83. Betydningen af grundlæggende rettigheder i den klassiske sammenhæng med fri bevægelighed blev formuleret på fremragende vis af generaladvokat Jacobs i Konstantinidis-sagen [69], hvor en græsk massør, som arbejdede i Tyskland, hævdede, at den officielle fejlagtige translitteration af hans navn udgjorde en krænkelse af hans rettigheder i henhold til EU-retten. Den synsvinkel, som generaladvokat Jacobs anlagde til den eksisterende praksis i Wachauf-dommen, fik vidtrækkende konsekvenser. Konstantinidis-sagen gik fra at være en sag om forskelsbehandling på grundlag af nationalitet til en sag om den grundlæggende ret til en personlig identitet. Hvis man accepterer sagsøgerens rettighed (som Domstolen gjorde i sin dom), indebærer det en accept af, at en unionsborger, der rejser til en anden medlemsstat, rent faktisk har ret til at gå ud fra, at han »lige meget hvor han tager hen for at tjene til livets ophold i EU, vil blive behandlet i overensstemmelse med en fælles kodeks af grundlæggende værdier [[…]]. Han er med andre ord berettiget til at sige »civis europeus sum« og påberåbe sig denne status over for enhver form for krænkelse af sine grundlæggende rettigheder« [70]. En unionsborger, der udøver retten til fri bevægelighed, kan påberåbe sig hele viften af grundlæggende rettigheder, der er beskyttet ved EU-retten (uanset om de har nogen tilknytning til den økonomiske virksomhed, som han flytter mellem medlemsstaterne for at udføre). Hvis dette ikke var tilfældet, ville det måske afholde ham fra at udøve denne ret til fri bevægelighed.

84. Det ville være (mildest talt) paradoksalt, hvis en unionsborger kunne gøre

69 — Dom af 30.3.1993, sag C-168/91, Sml. I, s. 1191.

70 — Forslag til afgørelse i Konstantinidis-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 69, punkt 46.

grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten gældende, når han udøvede en økonomisk ret til fri bevægelighed som arbejdstager, eller når national lovgivning falder inden for traktatens anvendelsesområde (f.eks. bestemmelserne om ligeløn), eller når afledt EU-ret påberåbes (f.eks. tjenesteydelsesdirektivet), men ikke kunne gøre dem gældende, hvis han blot »opholdt sig« i den pågældende medlemsstat. Lad os for at illustrere dette se bort fra den beskyttelse, som inden for den nationale retsorden vil følge af påberåbelsen af artikel 8 i EMRK, og antage (hvad der er temmelig usandsynligt), at en national lovbestemmelse i medlemsstat A kun yder en udvidet beskyttelse af religionsfriheden til personer, som har opholdt sig i denne stat i 20 år i træk. En statsborger i medlemsstat A (som Marie-Nathalie d'Hoop), der tidligere havde udøvet retten til fri bevægelighed ved at rejse til nabomedlemsstat B, og som for ganske nylig var vendt tilbage til medlemsstat A, ville i forbindelse med sit unionsborgerskab kunne gøre sine grundlæggende rettigheder gældende over for den medlemsstat, hvor han er statsborger (ved at påberåbe sig både artikel 9 i EMRK og artikel 10 i chartret). Ville en 18-årig unionsborger, som var statsborger i medlemsstat B, men var født og altid havde boet i medlemsstat A, kunne gøre det samme? (I den anfægtede nationale bestemmelse er der ingen forskelsbehandling, hverken direkte eller indirekte, på grundlag af nationalitet, så artikel 18 TEUF (tidligere artikel 12 EF) kan ikke påberåbes). På grundlag af García Avello-dommen er svaret klart ja — men dette svar indebærer, at »retten til at opholde sig« er en selvstændig rettighed og ikke en rettighed, der er forbundet med en retlig navlestreng til retten til at færdes. Hvad så med (og her forudser jeg også diskussionen om omvendt forskelsbehandling) den 18-årige unionsborger, som er statsborger i medlemsstat A, som bor i denne stat, og som ikke kan pege på nogen yderligere forbindelse med EU-retten, der er skabt enten tilfældigt eller planlagt (ved at han f.eks. har besøgt medlemsstat B på en skolerejse)?

85. I lyset heraf vil jeg vende tilbage til Domstolens faste praksis om borgerskab.

86. Hvis man fastholder den forudsætning, at fysisk bevægelse til en anden medlemsstat end den, hvor man er statsborger, er påkrævet, for at der kan påberåbes opholdsret som unionsborger, risikerer resultatet at blive både mærkeligt og ulogisk. Lad os forestille os, at en venlig nabo en eller to gange havde taget Diego og Jessica med på besøg i Parc Astérix

i Paris eller til Bretagnes kyst [71]. De ville i så fald have modtaget tjenesteydelser i en anden medlemsstat. Hvis de derefter gjorde rettigheder gældende som følge af deres »bevægelse«, kunne man ikke sige, at deres situation var en »rent intern« situation i Belgien [72]. Ville et besøg være tilstrækkeligt? To? Eller flere? Ville en endagstur være nok, eller skulle de have overnattet en eller to nætter i Frankrig?

87. Hvis familien efter at være blevet tvunget til at forlade Belgien og Den Europæiske Union søgte asyl i f.eks. Argentina, ville Diego og Jessica som unionsborgere kunne påberåbe sig retten til beskyttelse hos diplomatiske og konsulære myndigheder hos andre medlemsstaters repræsentationer i dette tredjeland. De kunne anmode om aktindsigt og skrive til Ombudsmanden. Men de ville ikke, i dette tilfælde, kunne gøre deres ret gældende til som unionsborgere fortsat at opholde sig i Belgien.

88. Et sådant resultat må næsten vække bekymring. Udøvelsen af rettigheder forbundet med unionsborgerskabet ville tilsyneladende være baseret på lotteri i stedet for logik.

89. Ville det være nødvendigt at konstruere en radikal udvidelse af retspraksis vedrørende unionsborgerskab med henblik på at fastslå i denne sag, at Gerardo Ruiz Zambranos børns rettigheder som unionsborgere var gældende — selv om de endnu ikke har begivet sig uden for den medlemsstat, hvor de er statsborgere — og (i givet fald) herefter tage stilling til, hvorvidt han kan gøre en afledt opholdsret gældende?

90. Jeg mener ikke, det kræver et særlig stort skridt.

Er dette en rent intern situation?

91. I denne sag har de medlemsstater, der har indgivet indlæg, enstemmigt anført det argument, at Gerardo Ruiz Zambranos situation er et »rent internt« anliggende i Belgien, som derfor ikke falder ind under EU-retlige bestemmelser, herunder bestemmelserne om unionsborgerskab. Kommissionen har anført lignende argumenter. Alle har, i større eller mindre omfang, gjort opmærksom på den potentielle beskyttelse, som Gerardo Ruiz Zambrano og hans familie kan ydes efter enten national lovgivning eller EMRK, og opfordrer, på mere eller mindre indtrængende vis, Domstolen til at undlade at overveje den mulighed, at rettighederne i medfør af

71 — Børnenes forældre kunne naturligvis ikke engang overveje selv at tage på en sådan udflugt, da de ville risikere ikke at kunne komme ind i Belgien igen.

72 — Jf. dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 15.

bestemmelserne om unionsborgerskab kan finde anvendelse.

92. Jeg er ikke enig med dem.

93. Det er værd at bemærke, at både Tyskland (Janko Rottmanns medlemsstat ved naturalisation) og Østrig (hans oprindelsesmedlemsstat), med tilslutning fra Kommissionen, i Rottmann-sagen gjorde gældende, at Janko Rottmann »på tidspunktet for beslutningen om tilbagekaldelse af [hans] naturalisation, var […] tysk statsborger med bopæl i Tyskland, i forhold til hvem der blev truffet en forvaltningsretlig afgørelse af en tysk myndighed […] der [er] derfor tale om et *rent nationalt anliggende*, der ikke har nogen tilknytning til EU-retten, og denne kan ikke anvendes alene af den grund, at en medlemsstat har vedtaget en foranstaltning i forhold til en af sine statsborgere. Den omstændighed, at den pågældende i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, *har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed før sin naturalisation, kan ikke i forhold til ham alene udgøre et grænseoverskridende element*, der kan have nogen indvirkning på tilbagekaldelsen af naturalisationen« [73].

94. Ved undersøgelsen af dette argument fulgte Domstolen opfordringen til at se bort fra Janko Rottmanns tidligere udøvelse af sin ret til fri bevægelighed (fra Østrig til Tyskland) og rettede blikket mod fremtiden i stedet for fortiden. Den gjorde, utvetydigt, opmærksom på, at selv om tildeling og tilbagekaldelse af statsborgerskab er anliggender, der henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de relevante nationale regler ikke desto mindre overholde EU-retten i situationer, der er omfattet af denne. Domstolen fastslog, at »situationen for en unionsborger, der […] konfronteres med en beslutning om tilbagekaldelse af en naturalisation […], og hvorved den pågældende […] sættes i *en situation, der kan medføre fortabelse af den status*, der tildeles ved artikel [20 TEUF] *og af de dertil knyttede rettigheder, efter sin natur og sine konsekvenser* er omfattet af EU-retten« [74].

95. Det er min opfattelse, at Domstolens argumentation i Rottmann-dommen, sammenholdt med dens tidligere dom i Zhu og Chen-sagen, uden videre kan finde tilsvarende anvendelse i denne sag. Her var tildelingen af belgisk statsborgerskab til Gerardo Ruiz Zambranos børn Diego og Jessica et anliggende, der henhørte under denne medlemsstats kompetence. Da først de var blevet tildelt dette statsborgerskab, blev børnene imidlertid unionsborgere, som er berettigede til at udøve deres rettigheder i egenskab heraf sideløbende med deres rettigheder som belgiske statsborgere. De har endnu ikke bevæget sig uden for deres egen medlemsstat. Det havde Janko Rottmann heller ikke efter sin naturalisation. Hvis forældrene ikke har

73 — Rottmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 38, min fremhævelse.

74 — Rottmann-dommen, præmis 42, min fremhævelse.

afledt opholdsret og er nødt til at forlade Belgien, vil børnene efter al sandsynlighed være nødt til at rejse sammen med dem. Dette ville, praktisk taget, sætte Diego og Jessica i en »situation, der kan medføre fortabelse af den status, der tildeles [ved deres unionsborgerskab] og af de dertil knyttede rettigheder«. Heraf følger — som det også var tilfældet i Rottmann-sagen — at *børnenes situation* »efter sin natur og sine konsekvenser er omfattet af EU-retten«.

96. Endvidere kan Diego og Jessica, ligesom Catherine Zhu, ikke fuldt ud og effektivt udøve deres ret som unionsborgere (især deres ret til at færdes og opholde sig i en hvilken som helst medlemsstat) uden deres forældres tilstedeværelse og støtte. Som følge af den samme forbindelse, som Domstolen fastslog var til stede i Zhu og Chen-dommen (der sætter et lille barn i stand til effektivt at udøve sine rettigheder som unionsborger), er *Gerardo Ruiz Zambranos situation* heller ikke en »rent intern« situation i den pågældende medlemsstat. Den er også omfattet af EU-retten.

97. Det fremgår derfor også her (som i Rottmann-sagen), at det »på den baggrund tilkommer […] Domstolen at tage stilling til de forelagte præjudicielle spørgsmål« — eller, sagt på en anden måde, at omstændighederne i denne sag *ikke* udgør en rent national situation uden forbindelse til EU-retten. Når Domstolen skal tage stilling til spørgsmålene, vil jeg foreslå, at den ser på følgende spørgsmål: a) Er det sandsynligt, at der er tale om et indgreb i Gerardo Ruiz Zambranos børns rettigheder som unionsborgere til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område? b) Hvis der er tale om et sådant indgreb, er det da i princippet tilladt? c) Hvis det i princippet er tilladt, er det da underlagt eventuelle begrænsninger (f.eks. af proportionalitetshensyn)?

Er der tale om et indgreb?

98. Som unionsborgere har Gerardo Ruiz Zambranos børn utvivlsomt »ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område«. I teorien kan de udøve denne ret. På grund af deres alder kan de i praksis ikke udøve den uafhængigt af deres forældre.

99. Hvis Gerardo Ruiz Zambrano ikke har afledt opholdsret i Belgien (som hans ret til arbejdsløshedsunderstøttelse afhænger af), vil han før eller siden skulle forlade den medlemsstat, hvor hans børn er statsborgere. På grund af deres alder (og naturligvis forudsat

at en eventuel afrejse ikke blev så forsinket, at børnene var blevet myndige), vil børnene være nødt til at rejse sammen med ham [75]. De vil være ude af stand til at udøve deres ret til at færdes og opholde sig frit på Den Europæiske Unions område. Lighedspunkterne med Rottmann-sagen er tydelige. Janko Rottmanns rettigheder som unionsborger var alvorligt truet, fordi en fratagelse af hans naturalisation i Tyskland ville sætte ham ude af stand til at udøve disse rettigheder ratione personae. I denne sag står Gerardo Ruiz Zambranos børn over for en lignende trussel mod deres rettigheder ratione loci. De er nødt til fortsat at være fysisk til stede på Den Europæiske Unions område for at kunne færdes mellem medlemsstaterne eller opholde sig i en hvilken som helst medlemsstat [76].

100. Som det fremgår af det ovenstående (hovedsageligt dommene i sagerne García Avello, Zhu og Chen og Rottmann), giver gældende praksis allerede mulighed for at påberåbe sig visse rettigheder forbundet med unionsborgerskabet uafhængigt af, om den pågældende unionsborger på et tidligere tidspunkt har bevæget sig over en grænse. Hvis sagsøgeren/sagsøgerne i de to førstnævnte af disse sager havde *været nødt til* at gøre en selvstændig ret til ophold gældende over for de pågældende medlemsstaters myndigheder (spanske statsborgere i Belgien, en irsk statsborger i Det Forenede Kongerige), er jeg sikker på, at Domstolen ville have anerkendt en sådan rettighed. I Rottmann-dommen er Domstolen allerede gået endnu videre ved at beskytte fremtidige unionsborgerskabsrettigheder for en tysk statsborger med bopæl i Tyskland. På denne baggrund ville det være kunstigt, hvis man ikke åbent anerkendte (selv om retten til ophold i praksis, og i langt størstedelen af sagerne, sandsynligvis udøves efter udøvelsen af retten til at færdes), at artikel 21 TEUF indeholder en særskilt ret til ophold, som er uafhængig af retten til fri bevægelighed.

101. Derfor anbefaler jeg, at Domstolen nu anerkender, at der gælder denne selvstændige ret til ophold.

102. Af de årsager, som jeg har gjort rede for ovenfor, kan Diego og Jessica ikke udøve en sådan ret til ophold uden deres forældres støtte. Derfor er min konklusion, at det i den foreliggende sag potentielt kan udgøre et indgreb i Diegos og Jessicas ret til ophold som unionsborgere, hvis man afviser at anerkende, at Gerardo Ruiz Zambrano har en afledt ret til ophold.

103. Jeg vil tilføje, at såfremt Domstolen ikke er rede til at fastslå, at artikel 21 TEUF medfører en selvstændig ret til ophold, vil

75 — Jf. ovenfor, punkt 86 og 87, hvor virkningen på retten til respekt for familielivet behandles.

76 — Der eksisterer naturligvis den teoretiske mulighed, at en anden medlemsstat er villig til at tage imod familien. Herved kan Diego og Jessica stadig udøve deres rettigheder som unionsborgere, i hvert fald i et vist omfang.

jeg stadig konkludere, under de faktiske omstændigheder i denne sag, at det potentielle indgreb i Diegos og Jessicas ret til at færdes og opholde sig på Unionens område svarer tilstrækkeligt til de indgreb, som berørte Catherine Zhu (der aldrig havde boet i Irland og heller aldrig havde forladt Det Forenede Kongeriges område) til, at deres situation bør sidestilles med hendes.

Kan indgrebet begrundes?

104. Jeg vil indledningsvis bemærke, at Gerardo Ruiz Zambrano, da han undlod udtrykkeligt at tilkendegive et ønske om, at hans børn skulle være colombianere, og i stedet valgte, at de skulle have statsborgerskab i den EU-medlemsstat, hvor de var født, benyttede sig af en mulighed, som var lovligt til rådighed for ham. I denne henseende kan hans handlemåde rimeligvis sammenlignes med hr. og fru Zhus handlemåde. Domstolen har fastslået, at der ikke er noget forkasteligt i at udnytte en mulighed i henhold til loven, og at der klart sondres mellem dette og misbrug af rettigheder [77]. Siden omstændighederne i denne sag opstod, er Belgiens code de la nationalité blevet ændret [78], og der er ikke længere mulighed for, at en person i Gerardo Ruiz Zambranos situation kan vælge at undlade at registrere sit barn hos den pågældendes eget lands diplomatiske eller konsulære myndigheder. På det pågældende tidspunkt var der imidlertid intet forkert i hans handlinger.

105. Det er vigtigt at huske på dette — navnlig i forbindelse med et eventuelt »sluseport«-argument. Medlemsstaterne kontrollerer, hvem der kan blive statsborgere [79]. Domstolen behandler her udelukkende de rettigheder, som disse personer kan påberåbe sig, *efter at de er blevet statsborgere i en medlemsstat* med deres samtidige erhvervelse af unionsborgerskab.

106. I Kaur-sagen [80] kunne Manjit Kaur således ikke »berøves« de rettigheder, som følger af status som unionsborger, fordi hun ikke faldt ind under definitionen af en statsborger i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland. Da hun ikke kom forbi den første

77 — Jf. Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 55-57 (hvad angår rettigheder i henhold til EU-retten), og Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 36 (hvad angår rettigheder, som oprindeligt følger af nationale retsforskrifter).

78 — Irlands lov om statsborgerskab er ligeledes blevet ændret (her skete det *efter* Domstolens dom i Zhu og Chen-sagen) ved Irlands Nationality and Citizenship Act 2004.

79 — Jf. dom af 7.7.1992, sag C-369/90, Micheletti, Sml. I, s. 4239, præmis 10, af 11.11.1999, sag C-179/98, Mesbah, Sml. I, s. 7955, præmis 29, og af 20.2.2001, sag C-192/99, Kaur, Sml. I, s. 1237, præmis 19, samt Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 37.

80 — Kaur-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 79.

forhindring og ikke, i henhold til de regler om statsborgerskab, der gjaldt for hende, opfyldte kriterierne for at kunne anses for en person, »der er statsborger i en medlemsstat«, kunne hun ikke efterfølgende påberåbe sig unionsborgerskabsrettigheder i henhold til EU-retten til at opholde sig i en hvilken som helst medlemsstat (herunder Det Forenede Kongerige) [81]. I denne sag har Gerardo Ruiz Zambranos børn imidlertid belgiske statsborgeres almindelige rettigheder, ligesom Janko Rottmann havde de almindelige rettigheder, som var knyttet til hans tyske statsborgerskab ved naturalisation.

Proportionalitet

107. Der er tydeligvis situationer, hvor en unionsborgers udøvelse af rettigheder *ikke* afhænger af, at et familiemedlem i opstigende linje tillægges opholdsret. En unionsborger, der har opnået myndighedsalderen, er således i stand til at udøve sin ret til at rejse og opholde sig på Den Europæiske Unions område, uden at det er nødvendigt samtidig at give den ene eller begge hans forældre ret til ophold i den valgte medlemsstat.

108. Det indgreb i unionsborgerskabsrettighederne, der potentielt opstår, hvis et familiemedlem i opstigende linje ikke automatisk får en afledt ret til ophold i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger, er efter min opfattelse derfor i princippet acceptabelt. Under visse omstændigheder er det dog muligvis ikke et tilladt indgreb (navnlig fordi det måske ikke er forholdsmæssigt).

109. Som Domstolen fastslog i Micheletti-dommen [82], Kaur-dommen [83] og senest i Rottmann-dommen, er tildeling af statsborgerskab ganske vist et anliggende, der henhører under medlemsstaternes kompetence, men »medlemsstaterne [skal] imidlertid overholde [EU-]retten under udøvelsen af denne kompetence« [84]. Det samme resultat nåede Domstolen frem til i Bickel og Franz-dommen med hensyn til strafferet og procedure [85], i García Avello-dommen [86] hvad angår nationale lovforskrifter om fornavne og i Schempp-dommen vedrørende direkte beskatning [87] — alle følsomme områder, hvor medlemsstaterne har betydelige beføjelser.

81 — Kaur-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 79 (og citeret i Rottmann-dommen, præmis 49). Jf. især præmis 20-24.

82 — Nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 10.
83 — Nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 19.
84 — Nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 41 og 42.
85 — Nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 17.
86 — Nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 25.
87 — Nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 19.

110. Her er der, som så ofte, tale om en situation, der involverer udøvelsen af en rettighed og en potentiel begrundelse for et indgreb i (eller en undtagelse fra) denne rettighed, og spørgsmålet drejer sig i bund og grund om proportionalitet. Er det forholdsmæssigt, under de omstændigheder, der er gældende i denne sag, at afvise at anerkende Gerardo Ruiz Zambranos opholdsret, der er afledt af hans børns rettigheder som unionsborgere? Selv om afgørelsen med hensyn til proportionalitet (som sædvanlig) i sidste ende tilkommer den nationale ret, kan et par korte bemærkninger måske være til hjælp.

111. Anvendelsen af proportionalitetsprincippet i denne sag (som i Rottmann-sagen) kræver, at »den forelæggende ret […] undersøge[r], om den i hovedsagen trufne beslutning […] overholder proportionalitetsprincippet for så vidt angår virkningerne heraf for den berørte persons situation i forhold til EU-retten« [88]. (foruden en eventuel påkrævet undersøgelse af forholdsmæssigheden i forhold til national ret). Og som Domstolen videre udtalte i Rotmann-dommen, bør der, »[h]enset til den betydning, som den primære ret tillægger unionsborgerskabet […], tages hensyn til de eventuelle virkninger, denne beslutning har for den berørte person og i givet fald for hans familiemedlemmer for så vidt angår fortabelsen af de rettigheder, enhver unionsborger nyder godt af. Det er vigtigt i den forbindelse at undersøge, bl.a., om denne fortabelse står i et rimeligt forhold [...]« [89].

112. Under retsmødet understregede de intervenerende medlemsstater, at opholdskravene vedrørende tredjelandsstatsborgere hører under medlemsstaternes kompetence. Belgiens og Danmarks befuldmægtigede bemærkede, at Gerardo Ruiz Zambrano er afvist asylansøger, som fik påbud om at forlade belgisk område kort efter sin ankomst i 1999. Han har opholdt sig ulovligt i landet i en anselig periode derefter og bør ikke have opholdsret i henhold til EU-retten. Irland tegnede et dramatisk billede af den indvandringsbølge af tredjelandsstatsborgere, som ville være et uundgåeligt resultat, hvis det blev fastslået, at Gerardo Ruiz Zambrano har en ret til ophold, der er afledt af hans børns belgiske statsborgerskab.

113. Gerardo Ruiz Zambranos advokat gjorde opmærksom på, at hans klient havde haft uafbrudt ansættelse hos Plastoria i næsten fem år. I hele denne periode havde han betalt sine pligtige sociale sikringsbidrag. De belgiske myndigheder havde i deres undersøgelse hos Plastoria ikke fundet nogen mangler med hensyn til skatter, sociale bidragsordninger og arbejdsretlige ordninger i forbindelse med hans ansættelse. De eneste problemer var hans manglende arbejds- og

88 — Rottmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 55.

89 — Rottmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 56.

opholdstilladelse, og der blev ikke truffet foranstaltninger over for hans arbejdsgiver. Diego og Jessica blev født flere år, efter at Gerardo Ruiz Zambrano og hans hustru ankom til Belgien med deres første barn. Intet tyder på, at familieforøgelsen først med Diego og derefter Jessica var et kynisk forsøg på at udnytte alle smuthuller for at blive i Belgien. Dette var en rigtig familie. Gerardo Ruiz Zambrano var fuldt integreret i Belgien. Hans børn gik i den lokale skole. Hans straffeattest var ren. Han havde efterfølgende fået både en midlertidig opholdstilladelse med mulighed for fornyelse og en type C-arbejdstilladelse.

114. Jeg har allerede været inde på de vigtigste punkter i forbindelse med den irske regerings »sluseport«-argument. Hvis bestemte regler om erhvervelse af statsborgerskab vil kunne — eller anses for at kunne — føre til »ukontrollerbare« resultater, er det, som Irland selv har været et eksempel på efter Domstolens afgørelse i Zhu og Chen-sagen, op til den pågældende medlemsstat at løse problemet ved at ændre dem.

115. Hermed opfordrer jeg ikke medlemsstaterne til at være fremmedfjendske eller til at lukke portene og gøre Den Europæiske Union til »Fort Europa«. Det ville nemlig være et forkasteligt tilbageskridt — som desuden ville stå i klar modsætning til udtrykkelige politiske målsætninger [90]. Jeg vil blot minde om, at reglerne om erhvervelse af statsborgerskab udelukkende hører under medlemsstaternes område. Da medlemsstaterne selv har indført begrebet »unionsborgerskab«, råder de imidlertid ikke over den samme ubegrænsede kompetence hvad angår *konsekvenserne*, i henhold til EU-retten, af det unionsborgerskab, som følger med tildelingen af statsborgerskab i en medlemsstat.

116. For så vidt angår det forhold, at Gerardo Ruiz Zambrano ikke rejste ud af Belgien efter afslaget på hans asylansøgning, gør jeg opmærksom på, at han anfægtede de

90 — I formandskabets konklusioner fra Det Europæiske Råd i Tampere den 15. og 16.10.1999 hedder det: »Udfordringen [...] ligger nu i at sikre, at frihed, herunder retten til at færdes frit inden for hele EU, kan nydes under forhold med sikkerhed og retfærdighed, der gælder for alle [...]. Denne frihed bør dog ikke betragtes som noget, der udelukkende er forbeholdt EU's egne borgere. Den udøver, i kraft af sin blotte eksistens, en stor tiltrækningskraft for mange andre fra hele verden, der ikke kan nyde den frihed, som EU's borgere tager for givet. Det ville være i modstrid med Europas traditioner at nægte sådanne personer denne frihed, hvis deres situation er årsag til, at de søger at få adgang til vort område« (punkt 2 og 3). Tilsvarende opfordrer Det Europæiske Råd i den europæiske pagt om indvandring og asyl af 15. og 16.10.2008 medlemsstaterne til »at fremme en harmonisk integration i værtslandene af de migranter, der har udsigt til at slå sig varigt ned; disse politikker, hvis iværksættelse vil kræve en stor indsats i værtslandene, bør bygge på en ligevægt mellem migranternes rettigheder (adgang til uddannelse, arbejde, sikkerhed og offentlige og sociale tjenester) og deres pligter.«

pågældende forvaltningsafgørelser, og at disse søgsmål har været langvarige. Jeg gør også opmærksom på, at tredjelandsstatsborgeren i Carpenter-dommen (Mary Carpenter) havde overtrådt landets udlændingelovgivning ved at undlade at forlade Det Forenede Kongerige, før hendes tilladelse til at opholde sig som besøgende udløb. Domstolen anså ikke dette for en uovervindelig hindring for, at hun efterfølgende kunne gøre rettigheder gældende i henhold til EU-retten, og gjorde opmærksom på, at »hendes adfærd, siden hun ankom til Det Forenede Kongerige i september 1994, ikke [havde] givet anledning til at frygte, at hun i fremtiden vil udgøre en fare for den offentlige orden og den offentlige sikkerhed« [91].

117. Derimod er de langsigtede konsekvenser, som det i denne sag vil have for Diego og Jessica, hvis Gerardo Ruiz Zambrano *ikke* tillægges en afledt opholdsret, barske. De kan ikke effektivt udøve deres ret til at opholde sig som unionsborgere uden deres forældres hjælp og støtte. Derfor vil deres opholdsret — indtil de er gamle nok til at udøve den på egen hånd — være næsten helt uden indhold (som Catherine Zhus opholdsret ville have været, hvis hendes mor, fru Zhu, ikke havde kunne blive i Det Forenede Kongerige).

91 — Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 44.

118. For fuldstændighedens skyld vil jeg ganske kort berøre endnu et argument, der er rejst i forbindelse med genstanden for hovedsagen, nemlig den eventuelle risiko for, at Gerardo Ruiz Zambrano kan blive en »urimelig byrde« for de offentlige finanser.

119. I Baumbast-dommen [92] understregede Domstolen, at de begrænsninger og betingelser, som artikel 21 TEUF henviser til, hviler på den betragtning, at udøvelsen af unionsborgernes opholdsret kan vige for medlemsstaternes legitime interesser. I denne forbindelse må »indehaverne af opholdsret […] ikke blive til urimelig byrde for de offentlige finanser i værtsmedlemsstaten« [93]. Domstolen fastslog imidlertid også, at »de nævnte begrænsninger og betingelser [skal] finde sted under overholdelse af de grænser, der fastsættes i fællesskabsretten, og i overensstemmelse med dennes almindelige principper, navnlig proportionalitetsprincippet« [94]. Med andre ord skal de nationale foranstaltninger, der træffes på dette område, være hensigtsmæssige og nødvendige med henblik på at nå det forfulgte mål [95].

92 — Nævnt ovenfor i fodnote 40.

93 — Baumbast-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 90.

94 — Baumbast-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 91.

95 — Jf. bl.a. dom af 2.8.1993, forenede sager C-259/91, C-331/91 og C-332/91, Allué m.fl., Sml. I, s. 4309, præmis 15, Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 32, og Rottmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 56.

120. Ved bedømmelsen af forholdsmæssigheden i denne sag er den nationale ret nødt til at tage i betragtning, at Gerardo Ruiz Zambrano var fuldtidsansat i Plastoria i næsten fem år. Hans ansættelse var indberettet til Office national de la sécurité sociale. Han betalte de lovpligtige sociale sikringsbidrag, og hans arbejdsgiver betalte de tilsvarende arbejdsgiverbidrag. Han har således tidligere bidraget fast og regelmæssigt til værtsmedlemsstatens offentlige finanser.

121. Jeg anser dette for faktorer, der leder til den konklusion, at det ikke ville være forholdsmæssigt at undlade at tillægge ham en afledt opholdsret i denne sag. I sidste ende tilkommer det imidlertid den nationale ret, og udelukkende denne, at træffe afgørelse.

122. Jeg konkluderer derfor, at artikel 20 TEUF og 21 TEUF skal fortolkes således, at de medfører en opholdsret på medlemsstaternes område på grundlag af unionsborgerskabet, som er uafhængig af retten til at færdes mellem medlemsstaterne. Disse bestemmelser er ikke til hinder for, at en medlemsstat kan afvise at tildele en slægtning i opstigende linje til en unionsborger, som er statsborger i den pågældende medlemsstat, og som endnu ikke har udøvet retten til fri bevægelighed, afledt opholdsret, forudsat at denne afgørelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Spørgsmål 2 — omvendt forskelsbehandling

123. Med dette spørgsmål ønskes oplyst, hvorvidt artikel 18 TEUF kan påberåbes i tilfælde af omvendt forskelsbehandling som følge af samspillet mellem EU-retten (i dette tilfælde bestemmelserne om unionsborgerskab) og den nationale lovgivning. Problemet kan formuleres som følger. Hvis mindreårige børn (som Catherine Zhu) har erhvervet statsborgerskab i en anden medlemsstat end den, hvor de har bopæl, vil deres forældre have en afledt opholdsret i værtsmedlemsstaten i medfør af artikel 21 TEUF og Domstolens dom i Zhu og Chen-sagen. Diego og Jessica har belgisk statsborgerskab og bopæl i Belgien. Kan Gerardo Ruiz Zambrano påberåbe sig artikel 18 TEUF, som, inden for traktaternes anvendelsesområde, forbyder »forskelsbehandling på grundlag af nationalitet«, og herved gøre den samme afledte opholdsret gældende?

124. Såfremt Domstolen godtager mit ræsonnement vedrørende spørgsmål 1, bliver dette spørgsmål overflødigt. Hvis Domstolen ikke er enig med mig, er det imidlertid nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt artikel 18 TEUF kan påberåbes for at hindre denne form for omvendt forskelsbehandling.

Den gældende praksis: en kritik

125. I Baumbast-dommen [96] fastslog Domstolen, at artikel 18 EF (nu artikel 21 TEUF) har direkte virkning og giver ikke-økonomisk aktive borgere en selvstændig ret til fri bevægelighed. Herved udvidede den retten til fri bevægelighed til personer, der ikke har direkte tilknytning til det indre markeds økonomi, og som derfor ikke kan påberåbe sig den »klassiske« ret til fri bevægelighed. Denne udvikling var efter min opfattelse både konsekvent og uundgåelig og en logisk følge af indførelsen af unionsborgerskabet. Hvis Den Europæiske Union skulle udvikle sig til andet og mere end en passende og effektiv ramme for udviklingen af handelen, var den nødt til at sikre en passende rolle til dem, som den havde besluttet at begynde at kalde for sine borgere [97].

126. Denne udvikling medførte dog flere yderligere konsekvenser.

127. For det første blev det, fra det øjeblik medlemsstaterne besluttede at udvide de eksisterende statsborgerskabsbegreber med en ny, supplerende status, nemlig »unionsborger«, umuligt at anse disse borgere blot for produktionsfaktorer. Borgere er ikke »ressourcer«, som udnyttes til fremstilling af varer og tjenesteydelser, men personer, der er knyttet til et politisk samfund og beskyttet af grundlæggende rettigheder [98].

128. For det andet færdes borgerne som mennesker og ikke som robotter. De forelsker sig, gifter sig og stifter familie. Alt efter omstændighederne består familien måske udelukkende af unionsborgere, eller af unionsborgere og tredjelandsstatsborgere med tætte indbyrdes bånd. Hvis familiemedlemmer ikke behandles på samme måde som de unionsborgere, der udøver retten til fri bevægelighed, mister begrebet fri bevægelighed enhver reel betydning [99].

96 — Nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 82, 83 og 84.

97 — Vedrørende to tidligere, tankevækkende undersøgelser af rækkevidden og betydningen af unionsborgerskab efter Maastrichttraktaten, jf. S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, og C. Closa, »The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union«, *Common Market Law Review* 1992, s. 1137-1169.

98 — Vedrørende betydningen af unionsborgerskab og enkeltpersoners tilknytning til et politisk samfund, jf. dommen i sagen Spanien mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 78 og 79.

99 — Jf. Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 39. Selv om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38 ikke finder anvendelse i denne sag, fastslås følgende i femte betragtning: »For at unionsborgerne kan udøve deres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område på objektive betingelser, der sikrer frihed og værdighed, bør denne ret også indrømmes familiemedlemmer uanset nationalitet.«

129. For det tredje forpligtede Den Europæiske Union sig, ved at tillægge sine borgere grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten og fastslå, at Unionen bygger på selve disse rettigheder (artikel 6, stk. 1, TEUF), til at overholde princippet om, at borgere, der udøver retten til fri bevægelighed, gør dette med beskyttelse af disse grundlæggende rettigheder [100].

130. For det fjerde accepterede medlemsstaterne ved at ratificere Maastrichttraktaten og de efterfølgende ændringstraktater, at opgaven med at håndtere spændinger og problemer som følge af borgernes udøvelse af retten til fri bevægelighed er en fælles opgave — fordi deres statsborgere også er unionsborgere. Den angår de enkelte medlemsstater, men også Den Europæiske Union [101].

131. Disse konsekvenser går dårligt i spænd med den tanke, at man, hvad angår unionsborgerskab, skal holde sig til den ortodokse synsvinkel på den frie bevægelighed for varer, arbejdskraft, selvstændige samt kapital.

132. Det underliggende rationale bag de økonomiske grundlæggende friheder er at skabe et indre marked ved at fjerne hindringer for handelen og styrke konkurrencen. De redskaber, som traktaten indeholder, til at forfølge målene i forbindelse med det indre marked (der bl.a. er opført i den nuværende artikel 3 TEU) er i overensstemmelse hermed blevet videreudviklet af Domstolen. Domstolen har således bl.a. opstillet kriterier for afgørelsen af, hvad der udgør den nødvendige forbindelse til hver enkelt af de grundlæggende friheder. For at tage et eksempel: Siden Dassonville-dommen [102] har en potentiel såvel som faktisk fysisk bevægelse været relevant for frie varebevægelser. Selv om denne specifikke retspraksis ikke kræver, at der er sket en faktisk, forudgående bevægelse, er det dog *bevægelse* som princip (selv om bevægelsen er hypotetisk), der er nøglen til de rettigheder, som følger af de grundlæggende friheder.

133. En konsekvens af denne indfaldsvinkel til det indre marked er risikoen for, at »statiske« produktionsfaktorer stilles dårligere end deres mobile modstykker, selv om omstændighederne i alle andre henseender kan være af lignende karakter eller identiske. Resultatet er omvendt forskelsbehandling, som skabes ved samspillet mellem EU-retten og national ret — en forskelsbehandling, som Domstolen indtil nu har overladt til de enkelte medlemsstater at tage sig af, selv om et sådant resultat prima facie udgør en tilsidesættelse af

100 — Metock-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 56.

101 — Jf. Rottmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 41 og 42.

102 — Nævnt ovenfor i fodnote 42.

principippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [103].

134. Er dette et acceptabelt resultat, set ud fra et EU-retligt synspunkt, i denne konkrete sammenhæng, hvor det drejer sig om unionsborgerskab?

135. Ved en undersøgelse af tre nyere sager vil det fremgå, at en fortsat anvendelse af denne traditionelle synsvinkel med ikke at blande sig kan skabe mærkeligt tilfældige resultater [104].

136. Som følge af Carpenter-dommen [105] kan en selvstændig erhvervsdrivende, der har kunder i andre medlemsstater, bevirke, at hans ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, tillægges afledt opholdsret af hensyn til beskyttelsen af retten til respekt for familielivet. Hvis den samme selvstændige erhvervsdrivende kun har kunder i sin egen medlemsstat, er EU-retten ikke relevant. Nu om dage er en så skarp sondring mellem selvstændige med interesser i en anden medlemsstat og selvstændige, der kun har interesser i deres egen medlemsstat, imidlertid problematisk — netop på grund af det indre markeds succes. Peter Carpenter foretog nu og da rejser til andre medlemsstater for at sælge tidsskriftreklamer. Hvad hvis han ikke fysisk havde bevæget sig, men stadig nu og da havde leveret tjenesteydelser til kunder i andre medlemsstater over telefonen eller internettet? Hvad hvis hans kunder nu og da havde omfattet datterselskaber i Det Forenede Kongerige af tyske eller franske moderselskaber? Hvad hvis han, ved en enkelt lejlighed, havde solgt reklameplads i et enkelt tidsskrift til en enkelt kunde, som ikke udelukkende havde hjemsted i Det Forenede Kongerige?

137. I Zhu og Chen-sagen [106] blev Catherine Zhus kinesiske mor tillagt en afledt opholdsret som følge af datterens irske statsborgerskab, der var erhvervet ved anvendelse af den ekstraterritoriale bestemmelse, som på daværende tidspunkt indgik i denne medlemsstats lov om statsborgerskab. Al »bevægelse« i sagen fandt sted over St. George's Channel

103 — Jf. bl.a. dom af 13.3.1979, sag 86/78, Peureux, Sml. s. 897, præmis 38, af 23.10.1986, sag 355/85, Cognet, Sml. s. 3231, præmis 10 og 11, og af 18.2.1987, sag 98/86, Mathot, Sml. s. 809, præmis 7, dommen i sagen Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 33, og Metock-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 77. Generaladvokaterne har haft forskellige holdninger til dette spørgsmål. Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Granarolo-sagen, dom af 13.11.2003, sag C-294/01, Sml. I, s. 13429, punkt 78 ff., generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i Carbonati-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 44, punkt 51 ff., samt mit forslag til afgørelse i sagen Gouvernement de la Communauté Française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 18, punkt 112 ff.

104 — En kritisk analyse kan bl.a. ses i A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Haag, 2009, E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Haag, 2007, C. Barnard, *EC Employment Law*, 3. udg., Oxford, OUP, 2006, s. 213 og 214, N. Nic Shuibhne, »Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?«, *Common Market Law Review*, 2002, s. 748, og C. Ritter, »Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234«, *31 European Law Review*, 2006.

105 — Nævnt ovenfor i fodnote 20.

106 — Nævnt ovenfor i fodnote 22.

mellem England og Nordirland inden for en og samme medlemsstat (Det Forenede Kongerige). Alligevel var der tilstrækkelig forbindelse til EU-retten til, at mor og datter begge kunne gøre en opholdsret i Det Forenede Kongerige gældende. Dette var udelukkende afstedkommet af, at moren havde sørget for, at Catherine Zhu blev født i Nordirland. Men bør det være et spørgsmål om held betinget af historien (den ekstraterritoriale bestemmelse i en medlemsstats lov om statsborgerskab), der afgør, hvorvidt EU-retten kan påberåbes under sådanne omstændigheder? Er det et rimeligt resultat med hensyn til retssikkerhed og ligebehandling af unionsborgere?

Et forslag

138. Afgørelsen for nylig i Metock-dommen illustrerer fint usikkerheden — og den efterfølgende forskelsbehandling. I 2003 fastslog Store Afdeling følgende i Akrich-dommen: »For at blive omfattet af de rettigheder, der er fastsat i artikel 10 i [Rådets] forordning nr. 1612/68 [af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467)], må en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger, [...] derfor opholde sig lovligt i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter eller er flyttet til« [107]. Fem år senere fastslog Domstolen, at Akrich-dommen skulle tages op til fornyet overvejelse i lyset af MRAX-dommen [108] og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien [109], hvilket den blev. Sikringen af de samme rettigheder, som var omhandlet i Akrich-sagen, afhænger nu ikke længere af, om en ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, forudgående har opholdt sig lovligt i en anden medlemsstat. Domstolen fortsatte dog med at sondre mellem unionsborgere, som allerede havde udøvet deres ret til fri bevægelighed, og unionsborgere, som ikke havde, idet den lakonisk gjorde opmærksom på, at alle medlemsstater havde undertegnet EMRK, og at dennes artikel 8 beskytter retten til respekt for familielivet [110]. Hermed måtte »statiske« unionsborgere stadig lide under de potentielle konsekvenser af omvendt forskelsbehandling, selv om der skete en betydelig udvidelse af »mobile« unionsborgeres rettigheder.

139. Jeg mener, der er væsentlige ulemper ved Domstolens nuværende tankegang. Jeg tror derfor, det er på tide at opfordre Domstolen til åbent at tage fat på spørgsmålet om

107 — Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 50, sammenfattet i Metock-dommen, præmis 58.

108 — Nævnt ovenfor i fodnote 21.

109 — Nævnt ovenfor i fodnote 24.

110 — Jf. Akrich-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 77, 78 og 79.

omvendt forskelsbehandling. De argumenter, jeg vil fremføre, følger den tankegang, jeg fremlagde i sagen Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, men jeg vil driste mig til at foreslå — inden for den konkrete sammenhæng af sager, der vedrører unionsborgerskabsrettigheder i henhold til artikel 21 TEUF — kriterier, som eventuelt kan anvendes til at afgøre, hvorvidt artikel 18 TEUF kan påberåbes for at hindre en sådan forskelsbehandling.

140. En radikal ændring af hele retspraksis vedrørende omvendt forskelsbehandling sker ikke fra den ene dag til den anden. Det er heller ikke det, jeg foreslår. Mine forslag vedrører kun sager, der drejer sig om unionsborgerskab. Det er på dette område, de skadelige resultater af den gældende praksis er tydeligst, og hvor der er størst brug for en ændring.

141. De sager, jeg netop har gjort rede for — Carpenter, Zhu og Chen og Metock — har alle to træk til fælles. De skaber retsusikkerhed på følsomme områder inden for både EU-retten og national ret, og det er sager, hvor Domstolen har valgt en generøs fortolkning af artikel 21 TEUF for at beskytte grundlæggende rettigheder. I afvejningen af retssikkerhed i forhold til beskyttelse af grundlæggende rettigheder har Domstolen således konsekvent ladet sidstnævnte gå forud for førstnævnte. Dens argumenter stemmer godt overens med dens tidligere skelsættende udtalelse om, at »unionsborgerskabets formål er at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere« [111].

142. Usikkerhed, der er skabt af retspraksis, er imidlertid ikke ønskværdig. Så hvilken retning bør Domstolen nu gå i?

143. På den ene side er det nødvendigt at undgå fristelsen til at »udstrække« artikel 21 TEUF, så den omfatter beskyttelse af dem, der »lige netop« ikke opfylder kriterierne. Der må være en grænse ved enhver regel, som medfører en ret. Uden en sådan grænse kan reglen ikke tydes, og ingen kan sige med sikkerhed, hvem der vil drage fordel af den, og hvem der ikke vil. Dette er hverken i medlemsstaternes eller borgerens interesse, og det undergraver Domstolens autoritet. På den anden side vil en for restriktiv fortolkning af artikel 21 TEUF medføre, at der skabes et større antal situationer med omvendt forskelsbehandling, som medlemsstaterne skal tage sig af. Det synes heller ikke at være noget tilfredsstillende resultat.

111 — Jf. retspraksis nævnt ovenfor i fodnote 40.

144. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at artikel 18 TEUF skal fortolkes således, at den forbyder omvendt forskelsbehandling, der er forårsaget af samspillet mellem artikel 21 TEUF og national lovgivning, der indebærer en krænkelse af en grundlæggende rettighed, som er beskyttet ved EU-retten, hvor national ret ikke sikrer i det mindste en tilsvarende beskyttelse.

145. Hvis denne fremgangsmåde blev anvendt, ville artikel 18 TEUF finde anvendelse, når (og kun når) tre kumulative betingelser var opfyldt.

146. For det første skulle sagsøgeren være en unionsborger med bopæl i den medlemsstat, hvor han havde statsborgerskab, som ikke havde gjort brug af retten til fri bevægelighed i henhold til TEUF (enten en klassisk økonomisk ret til fri bevægelighed eller en ret til fri bevægelighed i henhold til artikel 21 TEUF), men hvis situation i alle andre henseender var sammenlignelig med den situation, der gjaldt for andre unionsborgere i den samme medlemsstat, som kunne påberåbe sig rettigheder i henhold til artikel 21 TEUF. Således skulle den påståede omvendte forskelsbehandling være *forårsaget af*, at de relevante referencepersoner (andre unionsborgere) kunne påberåbe sig rettigheder i henhold til artikel 21 TEUF, mens en »statisk« unionsborger med bopæl i den medlemsstat, hvor han var statsborger, prima facie ikke kunne gøre national ret gældende med henblik på denne beskyttelse.

147. For det andet skulle den påståede omvendte forskelsbehandling indebære en krænkelse af grundlæggende rettigheder, der er beskyttet ved EU-retten. Ikke alle mindre tilfælde af omvendt forskelsbehandling ville blive fanget af artikel 18 TEUF. Definitionen af en »krænkelse af en grundlæggende rettighed« ville om muligt skulle foretages med henvisning til Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourgs praksis [112]. Såfremt omvendt forskelsbehandling førte til et resultat, som af Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg ville blive anset for en krænkelse af en beskyttet rettighed, ville den også af EU-Domstolen blive anset for en krænkelse af en beskyttet rettighed. EU-retten ville således få ansvaret for at afbøde konsekvenserne af omvendt forskelsbehandling forårsaget af samspillet mellem EU-retten og national ret, når (og kun når) disse konsekvenser ikke stemte overens med de mindstestandarder for beskyttelse, som er opstillet i EMRK. Ved således at garantere, under sådanne omstændigheder, en effektiv beskyttelse af grundlæggende rettigheder svarende til Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourgs mindstestandarder ville Domstolen delvis foregribe de krav, som kan følge af Den Europæiske Unions påtænkte tiltrædelse af EMRK. En sådan udvikling kunne

112 — For så vidt grundlæggende rettigheder i henhold til chartret, som ikke er en gentagelse af rettigheder i henhold til EMRK, blev påberåbt, ville der skulle udvikles en særskilt retspraksis, men dette ville sandsynligvis under alle omstændigheder ske inden for de almindelige EU-retlige rammer.

kun styrke den nuværende samarbejdsånd og gensidige tillid mellem de to retsinstanser [113].

148. For det tredje ville artikel 18 TEUF kun være til rådighed som subsidiært retsmiddel, som kun skulle anvendes i situationer, hvor den nationale ret ikke ydede tilstrækkelig beskyttelse af grundlæggende rettigheder. EU-retten har en lang historie bag sig med hensyn til at yde beskyttelse af subsidiær karakter. Således er effektivitetsprincippet [114], ækvivalensprincippet [115], retten til effektiv retsbeskyttelse [116] og princippet om statens erstatningsansvar for tilsidesættelse af EU-retten [117] alle redskaber, som tages i brug, når nationale regler viser sig at være utilstrækkelige. Denne sidste betingelse har til formål at opretholde en passende balance mellem medlemsstaternes selvstændighed og EU-rettens »effet utile« [118]. Hermed sikres, at den subsidiære beskyttelse i henhold til EU-retten supplerer national lovgivning i stedet for at trampe hen over den. Det ville være den nationale rets opgave at afgøre, a) hvorvidt den nationale lovgivning ydede beskyttelse, og b) hvis dette var tilfældet, hvorvidt denne beskyttelse mindst svarede til den beskyttelse, som ydes i henhold til EU-retten (eller ikke).

149. Under retsmødet tilkendegav Gerardo Ruiz Zambranos advokat, at Belgiens Conseil d'État og Cour Constitutionnelle for nylig har truffet afgørelse vedrørende omvendt

113 — Denne samarbejdsopgave tildeles implicit Domstolen ved artikel 52, stk. 3, i chartret om grundlæggende rettigheder, hvor det fastslås, at »[i] det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, har de samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse«. Det praktiske behov for, at Domstolen indtager en proaktiv holdning og fremmer mindstestandarder ifølge Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg, er bl.a. beskrevet af R. Alonso, »The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union«, *European Law Journal*, 8 2002, s. 450 f., og A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 31 f.

114 — Jf. bl.a. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14, og af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 123.

115 — Jf. bl.a. dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 36, og af 1.12.1998, sag C-326/96, Levez, Sml. I, s. 7835, præmis 41.

116 — Jf. bl.a. dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18, og af 27.11.2001, sag C-424/99, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9285, præmis 45.

117 — Jf. bl.a. dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich, Sml. I, s. 5357, præmis 35, af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31, og af 24.3.2009, sag C-445/06, Danske Slagterier, Sml. I, s. 2119, præmis 19.

118 — Desværre forholder det sig ikke sådan, at nationale domstole altid behandler og retter op på omvendt forskelsbehandling, som er forårsaget af EU-retten. I dommen i sagen Gouvernment de la Communauté Française, nævnt ovenfor i fodnote 18, opfordrede Domstolen direkte den nationale ret til at afhjælpe den forskel i behandlingen, som ramte personer, der ikke var omfattet af EU-rettens anvendelsesområde (præmis 40). Sagen kom derefter tilbage til den belgiske forfatningsdomstol, som undlod at behandle spørgsmålet (jf. dom 11/2009 af 21.1.2009 og den kritiske analyse af P. van Elsuwege og S. Adam, »The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination«, *European Constitutional Law Review*, 5 2009, s. 327 ff.). Et mere positivt eksempel på en national højesteret, som var villig til at rette op på omvendt forskelsbehandling (uden dog nødvendigvis at støtte sig til Domstolens relaterede dom i en præjudiciel afgørelse), er den spanske forfatningsdomstols dom 96/2002 af 25.4.2002.

forskelsbehandling, som en tredjelandsstatsborger i en situation, der kunne sammenlignes med hans klients, var blevet udsat for [119]. Det tilkommer naturligvis helt og holdent den nationale ret at fastslå, hvorvidt Gerardo Ruiz Zambrano i denne sag kan udlede den nødvendige beskyttelse af national lovgivning uden at påberåbe sig artikel 18 TEUF. Ifølge mit forslag ville det forblive den nationale rets opgave at anvende de tre kumulative kriterier, jeg foreslår, og kun tillade påberåbelse af EU-retten med henblik på at afværge omvendt forskelsbehandling, hvis kriterierne var opfyldt.

150. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål med, at artikel 18 TEUF skal fortolkes således, at den forbyder omvendt forskelsbehandling, der er forårsaget af samspillet mellem artikel 21 TEUF og national lovgivning, der indebærer en krænkelse af en grundlæggende rettighed, som er beskyttet ved EU-retten, hvor national ret ikke sikrer i det mindste en tilsvarende beskyttelse.

Spørgsmål 3 — grundlæggende rettigheder

151. Såfremt Domstolen fastslår, at både det første og det andet spørgsmål (som anført ovenfor) skal besvares på en måde, som ikke gavner Gerardo Ruiz Zambrano, er det nødvendigt at se på det tredje spørgsmål. Kan han påberåbe sig EU's grundlæggende rettighed til respekt for familielivet uafhængigt af andre EU-retlige bestemmelser?

152. Dette rejser et meget stort principielt spørgsmål: Hvad er rækkevidden af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten? Kan de påberåbes som selvstændige rettigheder over for en medlemsstat? Eller skal der være en anden forbindelse til EU-retten? Jeg behøver ikke komme nærmere ind på, hvilken betydning svaret på dette spørgsmål kan få.

153. Domstolen var naturligvis ansvarlig for den tidlige anerkendelse af grundlæggende retsprincipper og grundlæggende rettigheder inden for EU's retsorden [120]. I 1992 blev resultatet af denne praksis indarbejdet i traktaten om Den Europæiske Union (i artikel 6 TEU) med forpligtelsen til, at Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder.

154. Derefter har EU igennem årene styrket sin politik for grundlæggende rettigheder ved (eksempelvis) oprettelsen af et Agentur for

119 — Jf. dommene nævnt ovenfor i fodnote 17.

120 — Jf. f.eks. dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, af 11.1.1977, sag 4/73 Nold mod Kommissionen, Sml. s. 491, af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, og af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859.

Grundlæggende Rettigheder [121], oprettelsen af en uafhængig portefølje i Kommissionen med ansvar for grundlæggende rettigheder [122] ved at støtte humanitære projekter i hele verden [123] og ved at ændre EU's charter om grundlæggende rettigheder, som blev proklameret for første gang i 2000, fra en ikkebindende tekst (»soft law«) til primær ret [124]. Grundlæggende rettigheder er således blevet et centralt element i udviklingen af Unionen som en proces med økonomisk, juridisk og social integration, der har til formål at skaffe fred og velfærd til alle dens borgere.

Rækkevidden af EU's grundlæggende rettigheder

155. Naturligvis er og bliver det korrekt, at Domstolen ikke er en »menneskerettighedsdomstol« som sådan. Som den højeste fortolkningsinstans hvad angår EU-retten, har Domstolen ikke desto mindre et stående ansvar for at sikre respekt for disse rettigheder inden for Unionens ansvarsområde. I Bosphorus-dommen [125] anførte Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg da også, at EU-Domstolen har en vigtig rolle at spille med hensyn til at beskytte de rettigheder, der følger af EMRK og dens tilknyttede protokoller, idet de vedrører anliggender, som er reguleret af EU-retten — en funktion, der kun kan blive mere betydningsfuld, når Den Europæiske Union tiltræder EMRK [126]. Af denne årsag er det vigtigt, at Domstolen sikrer, at den fortolker traktaterne på en måde, som på en sammenhængende måde afspejler EU's grundlæggende rettigheders nuværende rolle og betydning.

156. I henhold til Domstolens faste praksis kan EU's grundlæggende rettigheder påberåbes, når (og kun når) den anfægtede foranstaltning er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde [127]. Derfor undersøges alle foranstaltninger fastsat af institutionerne for at kontrollere, om de er i overensstem-

121 — Jf. Rådets forordning (EF) nr. 168/2007 af 15.2.2007 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder (EUT L 53, s. 1), og Rådets afgørelse 2008/203/EF af 28.2.2008 om gennemførelse af forordning (EF) nr. 168/2007 for så vidt angår vedtagelse af en flerårig ramme for Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder for 2007-2012 (EUT L 63, s. 14).

122 — For første gang er en af den nuværende Kommissions næstformænd kommissær for retlige anliggender, grundlæggende rettigheder og EU-borgerskab.

123 — Jf. bl.a. Rådets forordning (EF) nr. 1257/96 af 20.6.1996 om humanitær bistand (EFT L 163, s. 1) og Europa-Parlamentets eller Rådets forordning (EF) nr. 1889/2006 af 20.12.2006 om oprettelse af et finansieringsinstrument til fremme af demokrati og menneskerettigheder på verdensplan (EUT L 386, s. 1).

124 — Artikel 6, stk. 1, TEU tillægger nu de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret, »samme juridiske værdi som traktaterne«.

125 — Bosphorus Hava Yollari Turizm mod Irland, 2005-VI.

126 — Jf. artikel 6, stk. 2, TEU og protokol nr. 8 vedrørende artikel 6, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union om Unionens tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

127 — Dom af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, præmis 26, af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 17-19, og af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 14 og 15.

melse med EU's grundlæggende rettigheder. Det samme er tilfældet med retsakter, som medlemsstaterne vedtager i forbindelse med gennemførelsen af forpligtelser i henhold til EU-retten, eller mere generelt retsakter, der er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde [128]. Dette aspekt er tydeligvis følsomt [129], idet det bringer beskyttelsen af EU's grundlæggende rettigheder ind i hver enkelt medlemsstats område, hvor den befinder sig sammen med de standarder for beskyttelse af grundlæggende rettigheder, der gælder i national lovgivning eller i EMRK. De spørgsmål, der opstår som konsekvens heraf, med hensyn til overlappende beskyttelsesniveauer inden for de forskellige systemer (EU-retten, national forfatningsret og EMRK) og det niveau for beskyttelse af grundlæggende rettigheder, som er sikret ved EU-retten, er velkendte [130], og jeg vil ikke komme nærmere ind på dem her.

157. Domstolen har udviklet en omfattende praksis, der bekræfter dens oprindelige udtalelse i Wachauf-dommen [131] om, at »disse principper [for beskyttelse af de grundlæggende rettigheder] også er bindende for medlemsstaterne, når disse gennemfører [EU-] bestemmelserne«. Det er vigtigt at bemærke, at denne regel også anses for at finde anvendelse, når en medlemsstat indfører undtagelser fra en grundlæggende økonomisk frihed, som er garanteret ved EU-retten [132]. I Carpenter-dommen [133] gik Domstolen endnu videre og videreudviklede sin praksis vedrørende »cold calling« i dommen i sagen Alpine Investments [134] for at beskytte en unionsborgers (Peter Carpenter) grundlæggende rettigheder. Peter Carpenter havde bopæl i sin egen medlemsstat, men ydede nu og da tjenesteydelser til kunder i andre medlemsstater. Anerkendelsen af, at en udvisning af Mary Carpenter ville udgøre et uforholdsmæssigt indgreb i Peter Carpenters ret til respekt for familielivet, resulterede i, at Mary Carpenter — som var tredjelandsstatsborger og ikke havde kunnet udøve den EU-retlige ret til fri bevægelighed — fik opholdsret som følge af en potentiel krænkelse af retten til respekt for familielivet.

158. Domstolen har imidlertid afgrænset rækkevidden af EU's grundlæggende rettigheder — helt konkret i forbindelse med

128 — Jf. bl.a. dom af 25.11.1986, forenede sager 201/85 og 202/85, Klensch m.fl., Sml. s. 3477, præmis 10 og 11, af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 22, af 24.3.1994, sag C-2/92, Bostock, Sml. I, s. 955, præmis 16, og af 10.7.2003, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. I, s. 7411, præmis 68.

129 — Jf. f.eks. dom af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 15 og 16.

130 — Jf. bl.a. Tysklands Bundesverfassungsgerichts dom af 29.5.1974, kendt som Solange I (2 BvL 52/71), og af 22.10.1986, kendt som Solange II (2 BvR 197/83), Italiens Corte Costituzionales dom af 21.4.1989 (Nr. 232, Fragd, in Foro it., 1990, I, 1855), Spaniens Tribunal Constitucionals udtalelse af 13.12.2004 (DTC 1/2004) og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Bosphorus-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 125.

131 — Nævnt ovenfor i fodnote 128, præmis 19.

132 — Jf. bl.a. dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 42 ff., af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 75, og af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 30 og 31.

133 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 43 og 44.

134 — Nævnt ovenfor i fodnote 52.

situationer, som den har anset for at ligge uden for EU-rettens anvendelsesområde.

159. I Maurin-sagen [135] var sagsøgte således tiltalt for at sælge levnedsmidler, hvis sidste anvendelsesdato var overskredet. Han hævdede, at hans ret til forsvar var blevet krænket under den nationale retssag. Domstolen gjorde opmærksom på, at selv om der fandtes et direktiv med krav om, at der skal være angivet en sidste salgsdato, regulerede direktivet *ikke* salg af korrekt mærkede levnedsmidler, hvor sidste anvendelsesdato var overskredet. Som følge heraf havde tiltalen mod Maurin »som grundlag nationale bestemmelser, der [lå] uden for [EU-rettens] anvendelsesområde, hvorfor Domstolen savne[de] kompetence til at tage stilling til, hvorvidt de procedureregler, der [fandt] anvendelse i forbindelse med en overtrædelse af den pågældende art, måtte stride mod principperne om ret til forsvar og til kontradiktion« [136].

160. I Kremzow-dommen [137] afviste Domstolen på samme måde en østrigsk statsborgers påstand. Denne var blevet dømt i Østrig, men Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg fastslog senere, at hans appelsag havde tilsidesat retten til en retfærdig rettergang i henhold til artikel 6 i EMRK. Friedrich Kremzow rejste erstatningskrav samt nedlagde påstand om, at hans ret til fri bevægelighed i henhold til EU-retten var blevet krænket på grund af hans ulovlige fængselsstraf. Domstolen var ikke enig i dette synspunkt og fastslog, at »[d]et er rigtigt, at enhver frihedsberøvelse udgør en begrænsning af den pågældendes ret til fri bevægelighed, men […] en hypotetisk udsigt til at gøre denne ret gældende […] skaber [ikke] en sådan tilknytning til [EU-]rettens bestemmelser« [138].

161. Kremzow-dommen giver imidlertid den tidligere praksis en vigtig drejning. Efter at have bekræftet påstandens hypotetiske karakter fastslog Domstolen, at da »Kremzow er blevet dømt for manddrab og ulovlig våbenbesiddelse i henhold til nationale bestemmelser, som ikke har til formål at sikre overholdelsen af [EU-]retten, […] må [det] følgelig fastslås, at den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hovedsagen, regulerer forhold, som ikke er omfattet af [EU-]rettens anvendelsesområde« [139]. Modsætningsvis fremgår det tilsyneladende, at der *kunne* være konstateret en relevant forbindelse til EU-retten, hvis lovovertrædelserne havde haft en

135 — Dom af 13.6.1996, sag C-144/95, Maurin, Sml. I, s. 2909.

136 — Maurin-dommen, præmis 12 og 13.

137 — Dom af 29.3.1997, sag C-299/95, Kremzow, Sml. I, s. 2629, præmis 15.

138 — Kremzow-dommen, præmis 16.

139 — Kremzow-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 137, præmis 17 og 18.

tilknytning til et område af EU's politik (hvis de f.eks. var begået med henblik på at sikre overholdelsen af et EU-retligt formål, der var fastsat i afledte EU-retsakter) [140].

162. Er det konkrete retlige område, som der er tale om, og rækkevidden af EU's kompetence på dette retlige område relevant for spørgsmålet om grundlæggende rettigheder? Det er tilsyneladende et vigtigt spørgsmål. Ønsket om at fremme en hensigtsmæssig beskyttelse af grundlæggende rettigheder må ikke føre til uretmæssig tilegnelse af kompetence. Så længe Den Europæiske Unions beføjelser hviler på princippet om kompetencetildeling, skal EU's grundlæggende rettigheder respektere grænserne for denne kompetencetildeling [141].

163. Gennemsigtighed og klarhed kræver, at man med sikkerhed skal kunne identificere, hvad »EU-rettens anvendelsesområde« betyder i forbindelse med beskyttelsen af EU's grundlæggende rettigheder. På længere sigt mener jeg, at den klareste regel vil være en, der hverken lader spørgsmålet om, hvorvidt der i den relevante situation kan ydes beskyttelse af EU's grundlæggende rettigheder, afhænge af, om en bestemmelse i traktaten fandt direkte anvendelse, eller hvorvidt der var vedtaget afledte retsakter, men af *eksistensen af og rækkevidden af en materiel EU-kompetence.* Sagt med andre ord ville reglen være, at såfremt EU havde kompetence (enekompetence eller delt kompetence) på et bestemt retligt område, skulle EU's grundlæggende rettigheder beskytte unionsborgeren, *også selv om en sådan kompetence endnu ikke er udøvet.*

164. Hvorfor foreslår jeg så dette?

165. Medlemsstaterne har tildelt Den Europæiske Union kompetencer, som bemyndiger den til at vedtage foranstaltninger, som vil få forrang for national ret og kan have direkte virkning. Det følger heraf, at når disse beføjelser er givet, bør Den Europæiske Union både have kompetence til og ansvar for at garantere grundlæggende rettigheder, uanset om disse beføjelser rent faktisk er udøvet. EU »bygger på værdierne respekt for den menneskelige værdighed, frihed, demokrati, ligestilling, retsstaten og respekt for menneskerettighederne« [142]. Denne garanti

140 — Jf. dom af 13.9.2005, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 7879.

141 — Jf. bl.a. dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419, præmis 83, af 7.10.2009, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis, 203, af 30.4.2009, forenede sager C-393/07 og C-9/08, Italien mod Parlamentet, Sml. I, s. 3679, præmis 67, og af 1.10.2009, sag C-370/07, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 8917, præmis 46.

142 — Artikel 2 TEU. Den tidligere artikel 6, stk. 1, TEU havde følgende ordlyd: »Unionen bygger på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles.«

i traktaten bør ikke gøres betinget af faktisk udøvelse af lovgivningskompetence. I et EU, der bygger på grundlæggende rettigheder og retsstaten, bør beskyttelse ikke afhænge af institutionernes lovgivningsinitiativ og den politiske proces. En sådan betinget beskyttelse af rettigheder er modsætningen til den måde, hvorpå moderne demokratier legitimerer statens autoritet [143].

166. En sådan model ville have flere fordele.

at arrangere at gøre dette for at skabe de omstændigheder, hvorunder han kunne sikres beskyttelse af grundlæggende rettigheder [145] (fri bevægelighed med henblik på at modtage tjenesteydelser er måske den af de fire friheder, som er lettest at udnytte i denne forbindelse). Der ville ikke længere eksistere omvendt forskelsbehandling af en medlemsstats statsborgere som følge af beskyttelsen af EU's grundlæggende rettigheder ydet til deres medborgere — unionsborgere og statsborgere — der *havde* udøvet retten til fri bevægelighed [146]. Der ville fremover ikke være uoverensstemmelser (for så vidt angår beskyttelse af EU's grundlæggende rettigheder) mellem fuldt harmoniserede og delvis harmoniserede politikker. Hvad retssikkerheden angår ville det betyde en væsentlig forbedring.

167. For det første betyder den, at det ikke er nødvendigt at skabe eller fremme fiktive eller hypotetiske »forbindelser til EU-retten« af den slags, som tidligere og undertiden har skabt usikkerhed og muligvis udvidet traktatbestemmelsers anvendelsesområde. En person, som havde udøvet retten til fri bevægelighed, ville ikke skulle bevise, at der var en forbindelse til den grundlæggende rettighed, som efterfølgende blev påberåbt, og som muliggjorde den pågældende frie bevægelighed [144]. En person, som endnu ikke havde udøvet sådanne rettigheder, vil ikke behøve

168. For det andet bevarer denne model EU inden for rammerne af dets beføjelser. Beskyttelse af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten ville kun være relevant, når de omstændigheder, som har medført en påberåbelse heraf, lå inden for et område med

143 — J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, bind II, afsnit II.

144 — Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, Cowan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, og Carpenter-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, er alle eksempler på omstændigheder, hvor forbindelsen mellem den frie bevægelighed og den grundlæggende rettighed/yderligere beskyttelse, som EU-retten yder, ikke var særlig direkte. Jeg sætter på ingen måde spørgsmålstegn ved korrektheden, med hensyn til beskyttelse af rettigheder, af Domstolens afgørelse i de tre sager. Min hensigt er blot at gøre opmærksom på, at den forbindelse, som beskyttelsen byggede på, til tider kan være af spinkel karakter.

145 — I Akrich-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 24, var Hacene og Halina Akrich, da de blev afhørt af de kompetente nationale myndigheder, meget åbne om, at hun var flyttet for at arbejde midlertidigt i Irland, så hun kunne vende tilbage til Det Forenede Kongerige med sin mand og gøre hans ret til indrejse gældende i henhold til fællesskabsretten.

146 — Jf. dommen i sagen Gouvernment de la Communauté Française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 18.

eksklusiv eller delt EU-kompetence [147]. Den type kompetence, der er tale om, ville være relevant med henblik på at fastsætte beskyttelsens rette omfang. Hvad angår delt kompetence ville selve idéen med at dele kompetencen sandsynligvis indebære, at beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten ville være komplementær i forhold til beskyttelsen i henhold til national lovgivning [148] (dette afspejler den model, jeg har foreslået ovenfor, vedrørende omvendt forskelsbehandling).

169. For det tredje ville medlemsstaterne muligvis, hvis det var velkendt, at grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten blev sikret inden for alle områder med delt eller eksklusiv EU-kompetence, blive tilskyndet til at gå videre med detaljeret afledt EU-ret inden for visse særligt følsomme områder (f.eks. indvandring og strafferet), som ville *omfatte* en passende definition af det nøjagtige omfang af EU's grundlæggende rettigheder, i stedet for at overlade det til Domstolen at løse problemer med grundlæggende rettigheder på ad hoc-grundlag, når de rejses i et søgsmål.

170. For det fjerde ville en sådan definition af rækkevidden af EU's grundlæggende rettigheder være i overensstemmelse med de fulde konsekvenser af unionsborgerskabet, hvis »formål er at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere« [149]. En sådan status passer dårligt med den forestilling, at beskyttelse af grundlæggende rettigheder er delvis og fragmenteret, at den afhænger af, hvorvidt en relevant materiel bestemmelse har direkte virkning, eller hvorvidt Rådet og Europa-Parlamentet har gjort brug af deres lovgivningsbeføjelser. På længere sigt er en sammenhængende beskyttelse af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten på alle områder med eksklusiv eller

147 — Jf, vedrørende eksklusiv og delt kompetence dom af 15.12.1976, sag 41/76, Donckerwolcke og Schou, Sml. s. 1921, præmis 32, af 18.2.1986, sag 174/84, Bulk Oil, Sml. s. 559, præmis 31, og af 16.3.1977, sag 68/76, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 515, præmis 23. Vedrørende anvendelsen af disse regler i forbindelse med EU's eksterne kompetence, jf. bl.a. dom af 31.3.1971, sag 22/70, »AETR«, Sml. 1971, s. 41, org.ref.: Rec. s. 263.

148 — De forklarende noter til chartret (EUT 2007 C 303, s. 17) er tydelige hvad dette angår: »De grundlæggende rettigheder, således som de er sikret i Unionen, har kun virkning inden for rammerne af de kompetencer, der er fastlagt i traktaterne. En forpligtelse for EU's institutioner [...] til at fremme principperne i chartret gælder derfor kun inden for grænserne af de beføjelser, institutionerne er tildelt.« De forklarende noter fortsætter imidlertid: »Det er en selvfølge, at henvisningen til chartret i artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union [...] ikke kan forstås som en udvidelse af medlemsstaternes handlemuligheder »når de gennemfører EU-retten««. Som jeg forstår disse kommentarer, knytter de utvetydigt beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten sammen med, hvad der ligger inden for EU's kompetenceområde. Samlet set bør beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten og beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i henhold til national ret imidlertid medføre tilstrækkelig beskyttelse (i det mindste vedrørende alle grundlæggende rettigheder, som indgår både i chartret og i EMRK).

149 — Jf. praksis nævnt ovenfor i fodnote 40.

delt EU-kompetence det eneste, der passer til begrebet unionsborgerskab.

171. På trods af disse betydelige fordele mener jeg ikke, at Domstolen ensidigt kan tage et sådant skridt i denne sag.

172. Hvis anvendelsen af EU's grundlæggende rettigheder gøres udelukkende afhængig af, at der eksisterer en eksklusiv eller delt EU-kompetence, vil det betyde, at EU's retlige og politiske systems struktur bliver tilføjet et åbenlyst føderalt element. Helt enkelt sagt ville en sådan ændring svare til den, som fandt sted i den amerikanske forfatningslov efter afgørelsen i sagen Gitlow mod New York [150], hvor USA's højesteret udvidede rækkevidden af flere rettigheder i medfør af forfatningens First Amendment til enkeltstater. Retspraksis om »inkorporering«, som siden da har bygget på reglen om retfærdig rettergang i Fourteenth Amendment, kræver ikke, at der har været bevægelse mellem staterne, og heller ikke, at Kongressen har vedtaget retsakter. Ifølge højesteret er visse grundlæggende rettigheder så betydningsfulde, at de hører »blandt de grundlæggende personlige rettigheder og friheder, som ved reglen om retfærdig rettergang beskyttes [...] mod staternes krænkelse« [151].

173. Den amerikanske inkorporeringsdoktrins føderaliserende virkning er velkendt. En sådan ændring ville ændre selve karakteren af de grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten, både i juridisk og politisk henseende. Derfor kræver den både en udvikling i retspraksis *og* en utvetydig politisk erklæring fra EU's forfatningsmyndigheder (medlemsstaterne), der tilkendegiver en ny rolle til de grundlæggende rettigheder i EU.

174. I denne sag er tidspunktet for de faktiske omstændigheder den 1. september 2003, hvor Gerardo Ruiz Zambranos andet barn, Diego,

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — Vedrørende sagen Gitlow mod New York og inkorporeringsdoktrinen, jf. R. Cortner, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981, L. Henkin, »Selective Incorporation in the Fourteenth Amendment«, *Yale Law Journal*, 1963, s. 74-88, og H.L., Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, s. 82-87.

bliver født. Det er denne begivenhed (hvor en unionsborger kommer ind i regnestykket), som — hvis Gerardo Ruiz Zambrano har ret — burde havde fået de belgiske myndigheder til at medgive, at han havde en afledt opholdsret, og til at behandle hans anmodning om arbejdsløshedsunderstøttelse i overensstemmelse hermed.

175. På det tidspunkt havde traktaten om Den Europæiske Union været stort set uændret siden Maastrichttraktaten. Domstolen havde klart tilkendegivet i udtalelse 2/94, at Det Europæiske Fællesskab på daværende tidspunkt ikke havde beføjelse til at ratificere den europæiske menneskerettighedskonvention [152]. Chartret var stadig soft law, uden direkte virkning eller anerkendelse i traktaten. Lissabontraktaten lå langt ude i fremtiden. Set i lyset heraf mener jeg ganske enkelt ikke, at den nødvendige forfatningsmæssige udvikling i EU's grundlag, som ville begrunde, at man kunne sige, at de grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten kunne påberåbes uafhængigt som selvstændige rettigheder, havde fundet sted.

176. Som svar på det sidste spørgsmål, som jeg har omformuleret, konkluderer jeg derfor, at den grundlæggende ret til respekt for familielivet i henhold til EU-retten på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ikke kunne påberåbes som en selvstændig rettighed, uafhængigt af anden forbindelse til EU-retten, hverken af en tredjelandsstatsborger eller af en unionsborger, hvad enten det skete på den medlemsstats område, hvor den pågældende borger var statsborger, eller et andet sted på medlemsstaternes område.

177. Med dette forslag til et svar accepterer jeg, at Domstolen ikke åbenlyst bør foregribe ændringer. Jeg gør dog opmærksom på, at Domstolen (hellere før end senere) bliver nødsaget til at vælge mellem at følge med en situation, som hele tiden udvikler sig, og at sakke bagud i forhold til en lovgivningsmæssig og politisk udvikling, som allerede har fundet sted. Der kommer et tidspunkt, hvor Domstolen sandsynligvis er nødsaget til at behandle en sag — og det kan meget vel være en forelæggelse fra en national ret — der kræver, at den tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Unionen ikke nu står på tærsklen til en forfatningsmæssig ændring (sådan som Domstolen selv delvis forudså med sin udtalelse 2/94). Besvarelsen af dette spørgsmål kan udskydes lige nu, men sandsynligvis ikke ret meget længere.

152 — Udtalelse 2/94 af 28.3.1996, Sml. I, s. 1759, præmis 6.

Forslag til afgørelse

178. På baggrund af det ovenfor anførte er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare spørgsmålene fra Tribunal du travail de Bruxelles på følgende måde:

Artikel 20 TEUF og 21 TEUF (tidligere artikel 17 EF og 18 EF) skal fortolkes således, at de medfører en opholdsret på medlemsstaternes område på grundlag af unionsborgerskabet, som er uafhængig af retten til at færdes mellem medlemsstaterne. Disse bestemmelser er ikke til hinder for, at en medlemsstat kan afvise at tildele en slægtning i opstigende linje til en unionsborger, som er statsborger i den pågældende medlemsstat, og som endnu ikke har udøvet retten til fri bevægelighed, afledt opholdsret, forudsat at denne afgørelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Artikel 18 TEUF (tidligere artikel 12 EF) skal fortolkes således, at den forbyder omvendt forskelsbehandling, der er forårsaget af samspillet mellem artikel 21 TEUF og national lovgivning, der indebærer en krænkelse af en grundlæggende rettighed, som er beskyttet ved EU-retten, hvor national ret ikke sikrer i det mindste en tilsvarende beskyttelse.

På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen kunne den grundlæggende ret til respekt for familielivet i henhold til EU-retten ikke påberåbes som en selvstændig rettighed, uafhængigt af anden forbindelse til EU-retten, hverken af en tredjelandsstatsborger eller af en unionsborger, hvad enten det skete på den medlemsstats område, hvor den pågældende borger var statsborger, eller et andet sted på medlemsstaternes område.«