Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 15. januar 2013 [1]

Sag C-529/11

Olaitan Ajoke Alarape
Olukayode Azeez Tijani
mod
Secretary of State for the Home Department

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London (Det Forenede Kongerige))

»Fri bevægelighed for personer — direktiv 2004/38/EF — ret til tidsubegrænset ophold — artikel 16 — lovligt ophold — opholdsret på grundlag af artikel 12 i forordning (EØF) nr. 1612/68«

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse drejer sig for det første om betingelserne for, at en forælder kan aflede en opholdsret fra et barn, som udøver sin ret til at studere i værtsmedlemsstaten i henhold til artikel 12 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet [2], og for det andet om muligheden for, at både barnet, der har opholdsret i henhold til nævnte artikel 12, og barnets forælder med afledt opholdsret kan opnå ret til tidsubegrænset ophold i medfør af artikel 18 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [3].

2. De spørgsmål, som er forelagt af Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London (Det Forenede Kongerige), giver især anledning til at se nærmere på begrebet lovligt ophold i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2004/38. Dette er et grundlæggende begreb, da lovligt ophold er en betingelse for at opnå ret til tidsubegrænset ophold, hvilket utvivlsomt udgør den grundlæggende fornyelse [4] i dette direktiv.

3. Direktiv 2004/38 kodificerer de eksisterende instrumenter og indarbejder gældende retspraksis på området for personers frie bevægelighed, idet det baserer den frie bevægelighed på unionsborgerskabet, hvis formål ifølge en formulering, der første gang blev anvendt af Domstolen i Gryzelczyk-dommen [5] og efterfølgende er blevet gentaget mange gange [6], er at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 1968 II, s. 467.

3 — EUT L 158, s. 77, som berigtiget i EUT 2004 L 229, s. 35.

4 — Jf. i denne retning J.-Y. Carlier, »Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: regard sur la directive 2004/38«, *Cahiers de droit européen*, 2006, s. 13 ff., s. 23 og 28; A. Iliopoulou, »Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE«, *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, s. 523 ff., samt s. 539.

5 — Dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Sml. I. s. 6193, præmis 31.

6 — Jf. dom af 15.11.2011, sag C-256/11, Dereci m.fl., Sml. I, s. 11315, præmis 62.

4. Mens de tidligere bestemmelser, på forberedende vis, blot anerkendte en ret for bestemte kategorier af berettigede personer, som var udtømmende opregnet, til »at blive boende« på en medlemsstats område[7], giver dette direktiv unionsborgere og deres familiemedlemmer, som lovligt har haft ophold fem år i træk på en medlemsstats område, ret til tidsubegrænset ophold. Dette giver migranter en enestående fordel, idet deres ophold gøres varigt, hvilket kun kan drages i tvivl af årsager, der vedrører alvorlige hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed[8], og ved at fjerne de bestående begrænsninger af retten til ligebehandling i forhold til værtsmedlemsstatens statsborgere[9].

5. De grundbetingelser, der skal opfyldes for at opnå varig opholdstilladelse, findes i afsnit I i kapitel IV i direktiv 2004/38.

6. Direktivets artikel 16, som har overskriften »Generelle regler for unionsborgere og deres familiemedlemmer«, har følgende ordlyd:

»1. Unionsborgere, der lovligt har haft ophold fem år i træk i værtsmedlemsstaten, har ret til tidsubegrænset ophold på dens område. Denne ret er ikke underlagt betingelserne i kapitel III.

2. Stk. 1 finder ligeledes anvendelse på familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, men som i fem år i træk lovligt har boet sammen med unionsborgeren.

3. Opholdets uafbrudte karakter berøres ikke af midlertidige fravær, der ikke tilsammen overstiger seks måneder om året, og heller ikke af fravær af længere varighed på grund af værnepligt, eller af ét fravær på højst tolv på hinanden følgende måneder af vægtige grunde som f.eks. graviditet og fødsel, alvorlig sygdom, studier eller erhvervsuddannelse eller udstationering på en anden medlemsstats område eller i et tredjeland.

4. Når der er opnået ret til tidsubegrænset ophold, mistes denne ret kun ved fravær fra værtsmedlemsstaten af en varighed på to på hinanden følgende år.«

7. Desuden fastsætter artikel 18 i direktiv 2004/38, som har overskriften »Erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold for visse familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat«, følgende:

»Når familiemedlemmer til unionsborgere som omhandlet i artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 2, opfylder de deri fastsatte betingelser, opnår de ret til tidsubegrænset ophold efter lovligt at have haft ophold i fem år i træk i værtsmedlemsstaten, jf. dog artikel 17.«

8. Selv om det pågældende direktiv ophævede og kodificerede størstedelen af de hidtidige EU-retlige bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer, lod det imidlertid artikel 12 i forordning nr. 1612/68 bestå i uændret form. Denne forordning blev med virkning fra den 16. juni 2011 ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5. april 2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen[10].

7 — Jf. artikel 2 og 3 i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1251/70 af 29.6.1970 om arbejdstageres ret til at blive boende på en medlemsstats område efter at have haft beskæftigelse dér (EFT 1970 II, s. 348) og Rådets direktiv 75/34/EØF af 17.12.1974 om retten for statsborgere i en medlemsstat til at blive boende på en anden medlemsstats område efter dér at have udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed (EFT 1975 L 14, s. 10).

8 — Jf. artikel 28, stk. 2, i direktiv 2004/38.

9 — Jf. direktivets artikel 24, stk. 2.

10 — EUT L 141, s. 1.

9. Artikel 12 i forordning nr. 1612/68, nu artikel 10 i forordning nr. 492/2011, har følgende ordlyd:

»Såfremt en statsborger i en medlemsstat er eller har været beskæftiget på en anden medlemsstats område, har hans børn, hvis de er bosat på denne medlemsstats område, adgang til almindelig undervisning, lærlingeuddannelse og faglig uddannelse på samme vilkår som statsborgere i denne stat.

Medlemsstaterne skal fremme bestræbelser, der gør det muligt for disse børn på de bedst mulige vilkår at følge undervisningen.«

10. Rammerne for den foreliggende sag er en tvist mellem på den ene side to tredjelandsstatsborgere, en mor og hendes søn, og på den anden side Secretary of State for the Home Department, der er opstået som følge af sidstnævntes afslag på de førstnævntes ansøgning om ret til tidsubegrænset ophold. Sagen rejser to række af spørgsmål af forskellig sværhedsgrad.

11. Den første række er allerede i vid udstrækning besvaret af retspraksis, idet den vedrører betingelserne for, at en forælder til et myndigt barn, der studerer, kan opnå opholdsret i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68.

12. Den anden række af spørgsmål er ikke tidligere blevet behandlet, men svaret følger efter min mening i vid udstrækning af Domstolens nyere retspraksis. Her spørges der om, hvorvidt de opholdsperioder, der er tilbagelagt i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68, kan udløse ret til tidsubegrænset ophold i medfør af direktiv 2004/38.

13. Sagens faktiske omstændigheder er som følger.

14. Olaitan Ajoke Alarape, født den 9. juli 1970, er mor til Olukayode Azeez Tijani, født den 28. februar 1988. De er nigerianske statsborgere, der ankom illegalt til Det Forenede Kongerige i 2001. Efter at Olaitan Ajoke Alarape havde giftet sig med en fransk statsborger, Jean Thierry Salama, fik appellanterne i hovedsagen efterfølgende opholdsret i Det Forenede Kongerige som familiemedlemmer til en unionsborger. Denne opholdsret udløb den 17. februar 2009.

15. Den 29. januar 2010 gav Secretary of State for the Home Department afslag på deres ansøgning om ret til tidsubegrænset ophold som familiemedlemmer til en unionsborger, der har udøvet sine rettigheder i mere end fem år. Herefter indbragte Olaitan Ajoke Alarape sagen for First-tier Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (Det Forenede Kongerige), som afviste denne med den begrundelse, at de dokumenter, der var blevet fremlagt for den, kun godtgjorde, at Jean Thierry Salama havde været arbejdstager i to år.

16. Appellanterne i hovedsagen har efterfølgende iværksat appel ved Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, til prøvelse af dette afslag.

17. Sidstnævnte ret oplyser, at Olaitan Ajoke Alarape og Jean Thierry Salama blev skilt den 16. februar 2010, og at Olaitan Ajoke Alarape har arbejdet i Det Forenede Kongerige på deltid som selvstændig, har en månedlig indkomst på ca. 1 600 GBP og betaler skat og bidrag til socialforsikringen. Olukayode Azeez Tijani, som havde deltidsbeskæftigelse fra 2006 til 2008, har været under uddannelse på fuld tid, siden han ankom til Det Forenede Kongerige, har gennemgået en universitetsuddannelse og opnået bachelorgrad og kandidatgrad og er nu optaget som Ph.d.-studerende ved Edinburgh University (Det Forenede Kongerige). Han påtænker at bo i Edinburgh hos en universitetsassistent under uddannelsesforløbet.

18. Ifølge Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, var appellanterne, som bevisbyrden påhvilede, kun i stand til at godtgøre, at Jean Thierry Salama havde udøvet rettigheder i henhold til EU-retten i perioden fra februar 2004 til april 2006. I denne forbindelse har den forelæggende ret oplyst, at selv om den omstændighed, at Jean Thierry Salama var fraflyttet den fælles bolig, havde gjort det vanskeligere at fremskaffe beviser for dennes erhvervsaktiviteter, havde appellanterne ikke anmodet om, der blev afsagt en foreløbig kendelse.

19. Den forelæggende ret anfører, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38, som fastsætter, at en unionsborgers familiemedlemmer bevarer retten til ophold, hvis unionsborgeren udrejser fra værtsmedlemsstaten eller afgår ved døden, tilsyneladende ikke finder anvendelse, da ingen af de to begivenheder, der er nævnt i denne bestemmelse, er indtruffet i den foreliggende sag.

20. Retten mener derimod, at det bør undersøges, hvorvidt appellanterne i hovedsagen har ret til ophold i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68.

21. Under disse omstændigheder har Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) For at en forælder kan kvalificeres som en »primær omsorgsperson«, således at vedkommende kan aflede en opholdsret fra et barn, der er over 21, og som udøver en ret til uddannelse i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 [...], er det da nødvendigt, at dette barn

   i) er afhængig af en sådan forælder

   ii) har ophold i denne forælders husstand, og

   iii) modtager følelsesmæssig støtte fra denne forælder?

2) Hvis det med henblik på at være kvalificeret til en sådan afledt opholdsret er unødvendigt for en forælder at godtgøre, at alle tre af de ovennævnte omstændigheder er opfyldt, er det da tilstrækkeligt at godtgøre, at kun en af dem er opfyldt, eller at kun to af dem er opfyldt?

3) Hvad angår [spørgsmål 1, punkt b)] ovenfor kan et voksent barn, der er studerende, da fortsat anses for at have ophold i en fælles husstand med forælderen/forældrene, selv hvis barnet bor væk fra hjemmet under studierne (undtagen i ferier og enkelte weekender)?

4) Hvad angår [spørgsmål 1, punkt c)] ovenfor, er det da nødvendigt, at den følelsesmæssige støtte, som forælderen yder, skal være af en bestemt art (nemlig tæt eller fysisk nærværende), eller er det tilstrækkeligt, hvis den består af et normalt følelsesmæssigt bånd mellem en forælder og et voksent barn?

5) Når en person har haft en EU-opholdsret i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 [...] i fem år i træk, er et sådant ophold da kvalificerende med henblik på at opnå en tidsubegrænset opholdsret i henhold til kapitel IV i direktiv 2004/38/EF [...] om »retten til tidsubegrænset ophold« og få udstedt et bevis for denne ret i henhold til samme direktivs artikel 19?«

I – Stillingtagen

A – *De første fire spørgsmål*

22. Med de første fire spørgsmål er den forelæggende ret i alt væsentligt i tvivl om, hvilke betingelser en forælder til et myndigt barn, der studerer, skal opfylde for at kunne nyde en afledt ret til ophold med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 1612/68.

23. Denne artikel giver børn af en statsborger i en medlemsstat, som er eller har været beskæftiget på en anden medlemsstats område, adgang til almindelig undervisning, lærlingeuddannelse og faglig uddannelse på samme vilkår som statsborgere i denne stat, hvis børnene er bosat på denne medlemsstats område.

24. Med hjemmel i denne bestemmelse, som giver vandrende arbejdstageres børn ret til ligebehandling med hensyn til adgang til undervisning, anerkendte Domstolen i dom af 17. september 2002 i sagen Baumbast og R [11], at et barn af en unionsborger, der er vandrende arbejdstager eller tidligere vandrende arbejdstager, har en selvstændig opholdsret, når det pågældende barn ønsker at studere i værtsmedlemsstaten. Domstolen fastslog, at såfremt et sådant barn hindres i at fortsætte sin skolegang i værtsmedlemsstaten, fordi barnet nægtes opholdstilladelse, kunne dette afholde unionsborgeren fra at udøve retten til fri bevægelighed.

25. Desuden anførte Domstolen, at såfremt forældre til et barn, der går i skole, nægtes adgang til at forblive i værtsmedlemsstaten, vil dette kunne fratage barnet en ret, som det er tillagt af EU-lovgiver, og den anerkendte således den mulighed, at de forældre, »der faktisk passer barnet«, i værtsmedlemsstaten kan påberåbe sig en ret til ophold afledt af artikel 12 i forordning nr. 1612/68 [12].

26. I dom af 23. februar 2010 i Teixeira-sagen [13] undersøgte Domstolen efterfølgende betydningen af barnets myndighed for den opholdsret, som tilkommer barnets forælder som den person, der har den faktiske forældremyndighed. Den anførte således, at den opholdsret i værtsmedlemsstaten, som tilkommer den forælder, der har den faktiske forældremyndighed over et barn af en vandrende arbejdstager, når dette barn er under uddannelse i denne stat, ophører, når barnet bliver myndigt, »medmindre barnet fortsat har behov for denne forælders tilstedeværelse og omsorg for at kunne fortsætte og afslutte sin uddannelse« [14].

27. Domstolen har således allerede i Teixeira-dommen givet et principielt svar på den forelæggende rets fire første spørgsmål, idet den anførte, at den opholdsret i værtsmedlemsstaten, som tilkommer den forælder, der har den faktiske forældremyndighed over et barn af en vandrende arbejdstager, når dette barn er under uddannelse i denne stat, ophører, når barnet bliver myndigt, medmindre barnet fortsat har behov for denne forælders tilstedeværelse og omsorg.

28. Når Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, begrænser spørgsmålet til den situation, hvor barnet er over 21 år, og således tager for givet, at situationen for forældre til børn, der er myndige, men ikke fyldt 21 år, skal sidestilles med situationen for forældre til mindreårige børn, må jeg indledningsvis fremhæve, at denne forudsætning tilsyneladende er forkert, set i lyset af Domstolens retspraksis.

11 — Sag C-413/99, Sml. I, s. 7091.

12 — Dommens præmis 73.

13 — Sag C-480/08, Sml. I, s. 1107.

14 — Dommens præmis 86 og 87.

29. Det skal bemærkes, at retten til at studere som omhandlet i artikel 12 i forordning nr. 1612/68 er blevet selvstændigt fortolket [15] i overensstemmelse med denne forordnings målsætning om integration af arbejdstagerne og deres børn i det sociale liv i værtsmedlemsstaten. Heraf har Domstolen navnlig udledt, at den aldersgrænse, der var fastsat i denne forordnings tidligere artikel 10 og 11, der er ophævet ved direktiv 2004/38, ikke fandt anvendelse [16].

30. Domstolens løsning i Teixeira-dommen, nævnt ovenfor, finder således anvendelse på barnet, når det bliver myndigt. Mens den omstændighed, at barnet når myndighedsalderen, ikke har nogen indflydelse på dets oprindelige rettigheder, udtrykte denne afgørelse det omvendte princip i forbindelse med den afledte opholdsret for den forælder, der har den faktiske forældremyndighed, nemlig at forælderen mister opholdsretten, idet en forlængelse af dennes opholdsret, efter at barnet er blevet myndigt, udgør en undtagelse. Dette princip udledes af en formodning om, at det myndige barn er i stand til at sørge for sig selv, men denne formodning kan tilbagevises, idet det kan godtgøres, at barnet stadig er afhængigt af forælderen.

31. Efter min opfattelse er Domstolens formulering tydelig nok. Det fremgår heraf, at opholdsretten for en forælder til et barn, der er under uddannelse, er udformet som en »betinget«, »afsluttet« ret, som kun kan forlænges, efter at barnet er blevet myndigt, hvis dette er absolut nødvendigt for, at barnet kan færdiggøre sin uddannelse. Hvorvidt denne ret kan bevares, vil således blive afgjort af en nødvendighedskontrol, som skal foretages af de nationale myndigheder.

32. I denne forbindelse vil jeg bemærke, at det uddannelsesmæssige formål, der er knyttet til bevarelsen af denne opholdsret, efter at barnet er blevet myndigt, er i overensstemmelse med grundlaget for den pågældende rettighed i Domstolens retspraksis, da den tager udgangspunkt i den effektive virkning af børns ret til uddannelse, som ville blive udhulet, hvis børnenes forældre blev nægtet muligheden for personligt at sørge for dem under deres uddannelse [17].

33. I sidste ende tilkommer det de nationale domstole at tage stilling til, i lyset af dette uddannelsesmæssige formål, hvorvidt barnet har behov for sin forælders tilstedeværelse og omsorg for at kunne fortsætte og afslutte sin uddannelse.

34. Efter min opfattelse tilkommer det den nationale ret, under hensyntagen til de særlige forhold i den enkelte sag, at afklare spørgsmålet om, hvorvidt et myndigt barn fortsat har behov for sin forælders tilstedeværelse og omsorg for at kunne fortsætte og afslutte sin uddannelse.

35. Desuden mener jeg ikke, at Domstolen har pligt til at svare på de fire første spørgsmål, da de vil tvinge den til at forlade det retlige område og gå ind i de faktiske omstændigheder i sagen, hvilket tilkommer den nationale ret, hvis frihed til at vurdere de oplysninger, den har fået forelagt, hverken kan eller bør være begrænset af definitionen af specifikke kriterier.

36. I denne forbindelse skal det holdes for øje, at de forskellige forhold, der skal tages hensyn til, ikke reelt udgør kriterier eller betingelser, der skal være opfyldt for, at der kan opnås afledt opholdsret, men snarere simple indicier, hvormed det kan fastslås, at barnet, selv om det er blevet myndigt, stadig har behov for forælderens tilstedeværelse og omsorg.

37. Der kan ikke opstilles en udtømmende liste over disse indicier, som ikke bør betragtes isoleret, men samlet og indgå i en afvejning.

15 — Dom af 23.2.2010, sag C-310/08, Ibrahim og Secretary of State for the Home Department, Sml. I, s. 1065, præmis 35. Jf. ligeledes Teixeira-dommen, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Dom af 4.5.1995, sag C-7/94, Gaal, Sml. I, s. 1031, præmis 25. Jf. ligeledes Ibrahim-dommen, præmis 35, samt Teixeira-dommen, præmis 82 og 83.

17 — Jf. i denne retning Teixeira-dommen, præmis 71.

38. Jeg vil begrænse mig til at påpege, at de tre forhold, som den forelæggende ret har anført, forekommer mig at være relevante.

39. Det bør således tages i betragtning, at sønnens økonomiske afhængighed af forælderen fortsatte, efter at han var blevet myndig. I modsætning til Det Forenede Kongerige mener jeg ikke, at det er realistisk at antage, at den forælder, der drager omsorg for barnet, fortsat vil kunne yde den økonomiske støtte fra et tredjeland. Som Olaitan Ajoke Alarapes advokat har gjort gældende i sit mundtlige indlæg, er det ikke en selvfølge, at forælderen vil kunne finde et arbejde i sit hjemland eller i et andet tredjeland, som giver en indtægt svarende til den, der i værtsmedlemsstaten gør det muligt at yde økonomisk støtte til det barn, der studerer. Jeg kan i øvrigt ikke se, hvilken interesse værtsmedlemsstaten har i at fratage den studerende en økonomisk støtte fra familien, således at han er nødt til at benytte sig af denne stats sociale system.

40. Ligeledes kan den følelsesmæssige tilknytning mellem forælderen og det myndige barn tages i betragtning, uden at denne følelsesmæssige støtte nødvendigvis skal være af en bestemt art, nærhed eller intensitet [18].

41. Endelig kan kriteriet om fælles bopæl tages i betragtning, uden at det kan anses for at være afgørende. Selv om Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, gør opmærksom på, at Domstolen i dommen i sagen Baumbast og R fastslog, at den primære omsorgsperson bør være i stand til at bo sammen med barnet i værtsmedlemsstaten, gjorde Domstolen efter min opfattelse ikke den fælles bolig til en betingelse for at opnå opholdsret, men tog det blot for givet i den pågældende sag, som drejede sig om mindreårige børn, at den forælder, der passede børnene, boede sammen med dem. Desuden gjorde Domstolen i den sag, der gav anledning til Teixeira-dommen, hvori omstændighederne, således som Europa-Kommissionen med rette har gjort gældende, i højere grad ligner omstændighederne i den foreliggende sag, kun den afledte opholdsret afhængig af forælderens »tilstedeværelse« og af, at der blev ydet »omsorg«. Jeg mener dog ikke, at det på forhånd kan udelukkes, at et barn kan have behov for sine forældres tilstedeværelse og omsorg, fordi han har været nødt til at forlade hjemmet for at kunne fortsætte og afslutte sin uddannelse.

42. I sidste ende er det min opfattelse, at det er ufornødent at besvare den forelæggende rets fire første spørgsmål, da vurderingen af, hvorvidt et barn af en vandrende arbejdstager, efter at det er blevet myndigt, fortsat er afhængig af, at den forælder, der kan betegnes som den primære omsorgsperson, er til stede og yder omsorg, for at det kan fortsætte og afslutte sine studier, er en faktisk omstændighed, der udelukkende henhører under den nationale rets kompetence, og det tilkommer denne at træffe afgørelse på grundlag af omstændighederne i sagen.

B – *Det femte spørgsmål*

43. Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et barn, som udøver sin ret til uddannelse i overensstemmelse med artikel 12 i forordning nr. 1612/68, og den forælder, der er den primære omsorgsperson, er berettiget til tidsubegrænset opholdsret i henhold til direktiv 2004/38, når de begge har haft opholdsret i værtsmedlemsstaten i mere end fem år i træk i medfør af ovennævnte artikel 12.

18 — Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gentagne gange har anerkendt, at det forhold, der eksisterer mellem unge voksne, som endnu ikke selv har stiftet familie, og deres forældre, kan betragtes som et familieliv, og at det ikke kræves godtgjort, at dette forhold er af en bestemt intensitet. I sagen Bousarra mod Frankrig (jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 23.9.2010 i sagen Bousarra mod Frankrig), hvor den franske regering fastholdt, at sagsøgeren, der var myndig, ugift og ikke havde børn, ikke havde andet afhængighedsforhold til sin familie »end normale følelsesmæssige bånd« (præmis 34), fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således, at der eksisterer en ret til beskyttelse af familielivet, uden at det skal godtgøres, at de følelsesmæssige bånd er af en særlig art.

44. Betingelserne for, at unionsborgeres familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, kan erhverve ret til tidsubegrænset ophold, er fastsat i artikel 16, stk. 2, samt artikel 17 og 18 i direktiv 2004/38.

45. I henhold til direktivets artikel 16, stk. 2, erhverver disse personer ret til tidsubegrænset ophold i værtsmedlemsstaten, hvis de i fem år i træk »lovligt har boet sammen med« unionsborgeren.

46. Som en fravigelse fra kravet om, at de skal have boet lovligt sammen med unionsborgeren fem år i træk, fastsætter artikel 17, stk. 3, i direktiv 2004/38, at familiemedlemmer til en arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende uanset nationalitet har ret til tidsubegrænset ophold i værtsmedlemsstaten, hvis unionsborgeren selv har erhvervet ret til tidsubegrænset ophold dér, selv om han ikke har haft fast ophold der i fem år i træk, hvis han kan godtgøre, at han har nået pensionsalderen, er ophørt med at være erhvervsaktiv som følge af vedvarende uarbejdsdygtighed eller udøver sit erhverv i en anden medlemsstat og samtidig beholder sit ophold i værtsmedlemsstaten. På samme måde fastsættes det, at hvis unionsborgeren afgår ved døden, men endnu ikke har erhvervet ret til tidsubegrænset ophold, kan dennes familiemedlemmer alligevel erhverve en ret til tidsubegrænset ophold, hvis arbejdstageren har haft fast ophold i værtsmedlemsstaten i to år i træk, eller hvis dødsfaldet skyldes en arbejdsulykke eller en erhvervssygdom, eller den efterlevende ægtefælle har mistet sit statsborgerskab i værtsmedlemsstaten som følge af ægteskab med den pågældende arbejdstager.

47. Endelig fastsætter artikel 18 i direktiv 2004/38, uanset bestemmelserne i artikel 17, at unionsborgerens familiemedlemmer, i tilfælde af at denne afgår ved døden eller udrejser fra værtsmedlemsstaten eller i tilfælde af skilsmisse, omstødelse af ægteskabet eller ophør af det registrerede partnerskab, opnår ret til tidsubegrænset ophold efter lovligt at have haft ophold i fem år i træk i værtsmedlemsstaten, når de opfylder de betingelser, der er fastsat i direktivets artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 2, idet disse bestemmelser bl.a. kræver, at de berørte, før de kan erhverve denne ret, skal kunne godtgøre, at de opfylder betingelserne i direktivets artikel 7, stk. 1, litra a), b) eller d).

48. Domstolen har for nylig præciseret, hvilke perioder der kan tages hensyn til med henblik på afgørelsen af, om der foreligger en ret til tidsubegrænset ophold som omhandlet i artikel 16 i direktiv 2004/38.

49. I sin dom af 7. oktober 2010 i Lassal-sagen [19], som omhandlede en fransk statsborger, der var »arbejdstager« i EU-retlig forstand i perioden fra januar 1999 til februar 2005, udtalte Domstolen, at erhvervelse af en tidsubegrænset opholdsret ikke var blandt de EU-retlige instrumenter, der var vedtaget med henblik på anvendelsen af artikel 18 EF før tilblivelsen af direktiv 2004/38, men fastslog dog, at der ved beregningen af det uafbrudte ophold på fem år, som kræves for at opnå ret til tidsubegrænset ophold, skulle tages hensyn ikke kun til ophold efter direktivets gennemførelsesdato, men ligeledes til ophold, der var tilbagelagt før denne dato »i overensstemmelse med de EU-retlige instrumenter«.

50. Domstolen har senere præciseret, at opholdsperioder, der er tilbagelagt før den 30. april 2006 alene på grundlag af et opholdsbevis udstedt i henhold til Rådets direktiv 68/360/EØF af 15. oktober 1968 om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer [20], og uden at betingelserne for opnåelse af nogen form for opholdsret er opfyldt, ikke kan anses for lovligt tilbagelagt ved afgørelsen af, om der foreligger en ret til tidsubegrænset ophold på grundlag af artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 [21].

19 — Sag C-162/09, Sml. I, s. 9217.

20 — EFT 1968 II, s. 477.

21 — Jf. dom af 21.7.2011, sag C-325/09, Dias, Sml. I, s. 6387, præmis 66.

51. I sin dom af 21. december 2011 i sagen Ziolkowski og Szeja [22] undersøgte Domstolen opbygningen af direktiv 2004/38 og vurderede, at »begrebet lovligt ophold, som er forbundet med udtrykket »lovligt har haft ophold« i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38, skal forstås som et ophold i overensstemmelse med de i dette direktiv fastsatte betingelser, herunder dem, der er fastsat i direktivets artikel 7, stk. 1« [23], hvoraf den udledte, at en unionsborger, der alene i medfør af national ret har haft ophold i mere end fem år i værtsmedlemsstaten, ikke kan anses for at have erhvervet ret til tidsubegrænset ophold.

52. Domstolen gjorde således anerkendelsen af en ret til tidsubegrænset ophold betinget af, at betingelserne i artikel 7 i direktiv 2004/38 er opfyldt med hensyn til forlængelse af retten til ophold i mere end tre måneder.

53. Denne artikel 7 kræver af de berørte, at de godtgør, at de er arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende eller råder over tilstrækkelige midler til sig selv og deres familiemedlemmer, således at deres ophold ikke bliver en byrde for værtsmedlemsstatens sociale system, og at de har en sygeforsikring i værtsmedlemsstaten, der dækker alle risici, eller at de i værtsmedlemsstaten har status som familiemedlem til en person, der opfylder disse krav.

54. Det Forenede Kongeriges regering, den danske regering samt Kommissionen på den ene side og Aire Centre for Advice on Individual Rights in Europe [24] og Olaitan Ajoke Alarape på den anden side har givet to vidt forskellige fortolkninger af Domstolens retspraksis.

55. De førstnævnte har draget den slutning af dommen i sagen Ziolkowski og Szeja, at den omstændighed, at en tredjelandsstatsborger har haft lovligt ophold i en medlemsstat i fem år i træk i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68, ikke i sig selv medfører en ret til tidsubegrænset ophold i medfør af direktiv 2004/38.

56. De har i alt væsentligt anført, at den opholdsret, der udledes af artikel 12 i forordning nr. 1612/68, kun bliver relevant, hvis det er nødvendigt at sikre, at barnet kan afslutte sin skolegang i værtsmedlemsstaten, at denne rettighed, som adskiller sig fra de opholdsrettigheder, der følger af direktiv 2004/38, ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i direktivets artikel 7, og at visse opholdsperioder, der er tilbagelagt i henhold til denne bestemmelse, ikke skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der foreligger en tidsubegrænset opholdsret, hvis betingelserne vedrørende lønnet beskæftigelse eller besiddelse af tilstrækkelige midler ikke er opfyldt [25].

57. Aire Centre mener derimod, at en person, der har haft ret til ophold i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 i en periode på fem år i træk, ved analog anvendelse af artikel 16 i direktiv 2004/38 erhverver ret til tidsubegrænset ophold i den berørte medlemsstat. Aire Centre har anført, at det endelige mål med denne bestemmelse er at sikre integrationen af EU-arbejdstagere og deres familie i værtsmedlemsstaten, og har understreget, at et ophold på fem år anses for en tilstrækkelig indikator for en vis integration. Til støtte for dette synspunkt har Aire Centre gjort gældende, at de bestemmelser i forordning nr. 1612/68, som stadig var gældende efter vedtagelsen af direktiv 2004/38, bør anses for at indgå i et samlet lovgivningskompleks sammen med dette direktiv, og at den analoge anvendelse af direktivets artikel 16, stk. 2, fører til det resultat, som Domstolen tilsigter, nemlig en ensartet anvendelse af EU-retten upåvirket af omskiftelser i de forskellige nationale regler.

22 — Forenede sager C-424/10 og C-425/10, Sml. I, s. 14035.

23 — Dommens præmis 46.

24 — Herefter »AIRE Centre«.

25 — Kommissionen har som eksempel nævnt artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 2, i direktiv 2004/38, som omhandler tredjelandsstatsborgeres bevarelse af ret til ophold i tilfælde af henholdsvis unionsborgerens død eller udrejse og opløst ægteskab.

58. I sit mundtlige indlæg under retsmødet tilsluttede Olaitan Ajoke Alarape sig Aire Centres indlæg og tilføjede, at der ikke er grundlag for at ændre på retspraksis fra Lassal-dommen, nævnt ovenfor, som indebærer, at hele den opholdsperiode, der er tilbagelagt ifølge et instrument, der var gældende før direktiv 2004/38, skal tages i betragtning. Hun har understreget, at der i den foreliggende sag netop er tale om en opholdsperiode før april 2006, som således bør tages i betragtning, og gjort opmærksom på, at der ikke er grundlag for at anse et ophold, der var klassificeret som »lovligt« før 2006, for ikke længere at være det efter 2006. Ifølge Olaitan Ajoke Alarape vedrørte dommen i sagen Ziolkowski og Szeja helt andre omstændigheder, idet sagsøgeren påberåbte sig opholdsret i medfør af national lovgivning.

59. Ifølge Olaitan Ajoke Alarape vil det have en afskrækkende virkning, hvis der ikke kan gives varig opholdstilladelse, navnlig fordi de kvalifikationer, der er erhvervet i værtsmedlemsstaten, måske ikke er anvendelige i den stat, hvor barnet er statsborger, og fordi et barn ikke vil kunne føle sig integreret, hvis det på forhånd ved, at det aldrig kan få tidsubegrænset ophold, selv om det tager en længerevarende uddannelse.

60. Endelig har Olaitan Ajoke Alarape bemærket, at hun under alle omstændigheder ligesom sin søn opfylder kriterierne i artikel 7 i direktiv 2004/38.

61. Olaitan Ajoke Alarapes argumenter tager således udgangspunkt i to forudsætninger. Den første hidrører fra Ziolkowski og Szeja-dommen, hvori Domstolen udelukkede opholdsperioder, der var tilbagelagt på grundlag af national ret, og den anden fra Lassal-dommen, hvori Domstolen gav mulighed for at tage alle opholdsperioder i betragtning, som var tilbagelagt i medfør af et instrument, der var gældende før direktiv 2004/38.

62. Efter min opfattelse er de to forudsætninger urigtige.

63. Faktisk mener jeg, at det klart fremgår af dommen i sagen Ziolkowski og Szeja, at Domstolens sondring mellem de opholdsperioder, der muliggør erhvervelse af retten til tidsubegrænset ophold, og dem, der ikke gør, er foretaget ikke på grundlag af rettighedens oprindelse, men på grundlag af dens indhold. Med andre ord stillede Domstolen ikke EU-retten op mod de nationale lovgivninger, men stillede de opholdsperioder, der opfylder de økonomiske betingelser, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38, op mod dem, der ikke opfylder disse krav.

64. Som svar på den forelæggende rets første spørgsmål bemærkede Domstolen således, at en unionsborger, der alene med hjemmel i national ret har haft ophold i mere end fem år i værtsmedlemsstaten, ikke kunne anses for at have erhvervet ret til tidsubegrænset ophold, »når han under dette ophold ikke opfyldte betingelserne i samme direktivs artikel 7, stk. 1«[26]. Heraf kan således modsætningsvis udledes, at selv om den pågældende havde opholdt sig i landet på grundlag af national ret, ville han have kunnet erhverve ret til tidsubegrænset ophold, hvis han i øvrigt havde opfyldt disse betingelser.

65. Som svar på det andet spørgsmål anførte Domstolen yderligere, at opholdsperioder, som en tredjelandsstatsborger har tilbagelagt i en medlemsstat før dette tredjelands tiltrædelse af Unionen, skal tages i betragtning med henblik på erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold, hvis de er tilbagelagt i overensstemmelse med betingelserne i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38. Disse opholdsperioder kunne imidlertid som udgangspunkt kun være tilbagelagt i medfør af værtsmedlemsstatens nationale ret[27].

26 — Jf. dommen i sagen Ziolkowski og Szeja, præmis 28.

27 — Som Domstolen i øvrigt udtrykkeligt gør opmærksom på i nævnte doms præmis 61.

66. I lyset af denne dom, hvis udfald blev gentaget i dommen af 6. september 2012 i Czop og Punakova-sagen [28], er det således tydeligt, at en opholdsperiode, der er tilbagelagt alene i henhold til national ret, men i overensstemmelse med de i direktiv 2004/38 fastsatte betingelser, kan tages i betragtning med henblik på erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold. I praksis drejer det sig om opholdsperioder, som en unionsborger eller et af dennes familiemedlemmer har tilbagelagt før gennemførelsesdatoen for direktiv 2004/38, eller som en tredjelandsstatsborger har tilbagelagt før dette tredjelands tiltrædelse af Unionen.

67. Omvendt bør det herefter afklares, hvorvidt en opholdsperiode, der er tilbagelagt i henhold til EU-retten, men uden at betingelserne i artikel 7 i direktiv 2004/38 er opfyldt, vil kunne tages i betragtning.

68. Isoleret set kunne Lassal-dommen, nævnt ovenfor, umiddelbart påberåbes til støtte for et bekræftende svar på dette spørgsmål, da den ved afgørelsen af, om der forelå en ret til tidsubegrænset ophold, tog hensyn til alle opholdsperioder, som var tilbagelagt »i overensstemmelse med de EU-retlige instrumenter«, der var gældende før gennemførelsesdatoen for direktiv 2004/38, uden at begrænse denne hensyntagen til bestemte tilfælde som f.eks. dem, hvor den ældre ret allerede indeholdt en bestemmelse om ret til tidsubegrænset ophold.

69. Rækkevidden af denne dom bør dog vurderes under hensyntagen til de faktiske omstændigheder, som Domstolen anførte, og dens senere præciseringer i Ziolkowski og Szeja-dommen. Domstolen påpegede, at Taous Lassal var »»arbejdstager« i EU-rettens forstand« [29], hvoraf følger, at hun før ikrafttrædelsen af direktiv 2004/38 opfyldte de samme betingelser som dem, der senere blev fastsat i dette direktivs artikel 7. I lyset af Ziolkowski og Szeja-dommen er den eneste mulige vurdering, at for at være lovligt skal et ophold, der er tilbagelagt før gennemførelsesdatoen for dette direktiv, være i overensstemmelse med de EU-retlige instrumenter, hvorefter opholdsret var underlagt betingelser svarende til betingelserne i direktivets artikel 7.

70. Tilbage står at afgøre, om den omstændighed, at artikel 12 i forordning nr. 1612/68 er en del af et »samlet lovgivningskompleks« sammen med direktiv 2004/38, kræver en analog anvendelse af dette direktivs artikel 16.

71. Den omstændighed, at opholdsrettens karakter af selvstændig rettighed er stadfæstet i retspraksis, er efter min opfattelse kernen i den analyse, der skal foretages for at kunne besvare på dette spørgsmål.

72. Opholdsrettens selvstændige karakter kan nemlig give anledning til to modstridende argumenter.

73. Som Det Forenede Kongeriges regering, den danske regering og Kommissionen har understreget, udelukker den selvstændige karakter af opholdsretten på grundlag af artikel 12 i forordning nr. 1612/68 tilsyneladende muligheden for analogt at ligestille den med det andet trin, svarende til ophold i mere end tre måneder, i den progressive integrationsskala, der er fastlagt i direktiv 2004/38.

74. Imidlertid kan argumentet vedrørende den selvstændige karakter af opholdsretten for børn, der studerer, vendes om og føre til den stik modsatte analyse. Denne opholdsret er i retspraksis blevet fritaget for betingelserne om tilstrækkelige midler og sygeforsikring, da den »ikke [var] baseret på, hvorvidt de kunne forsørge sig selv, men på den omstændighed, at målsætningen med forordning nr. 1612/68, nemlig at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed, kræver, at arbejdstagerens families integration i miljøet i værtsmedlemsstaten kan ske under de bedst mulige betingelser« [30]. Eftersom børnene og de forældre, som har forældremyndigheden, kan opnå ret til ophold i mere end

28 — Forenede sager C-147/11 og C-148/11.

29 — Lassal-dommen, præmis 18.

30 — Texeira-dommen, præmis 66.

tre måneder, som svarer til den, der er omhandlet i artikel 7 i direktiv 2004/38, men hvis iværksættelse ikke er afhængig af de i denne artikel fastsatte betingelser, vil det være paradoksalt at genindføre disse betingelser med henblik på erhvervelse af tidsubegrænset opholdsret, så meget desto mere som princippet om opholdsretten som en selvstændig rettighed, hvis formål er at begunstige barnet ved at fritage det for alle krav om økonomisk uafhængighed, i sidste ende vil vende sig imod rettighedshaveren ved at afskære denne fra at kunne opnå varig opholdstilladelse [31].

75. Dertil kommer, at jeg ikke mener, at en genindførelse af kravet om økonomisk uafhængighed for at godtgøre en tilstrækkelig integration i værtsmedlemsstatens samfund er foreneligt med den opfattelse, at retten til ophold for vandrende arbejdstagere og deres familiemedlemmer er baseret på en formodning om integration som følge af adgang til arbejdsmarkedet. I dom af 14. juni 2012, Kommissionen mod Nederlandene [32], henviste Domstolen til forskellen mellem på den ene side vandrende arbejdstagere og deres familiemedlemmer og på den anden side unionsborgere, som ikke er erhvervsaktive, og understregede i den forbindelse, at integrationen, især hvad angår vandrende arbejdstagere, navnlig følger af den omstændighed, at den vandrende arbejdstager ligeledes bidrager til finansieringen af socialpolitikken i værtsmedlemsstaten med de bidrag, som vedkommende betaler i denne medlemsstat som følge af den lønnede beskæftigelse, som den pågældende udøver i denne stat, og skal have gavn af denne politik på de samme vilkår som de indenlandske arbejdstagere [33].

76. Hvis integrationen ikke var formodet, men skulle påvises, kunne det i øvrigt også hævdes, at den omstændighed, at et barn er bosat i værtsmedlemsstaten som medlem af en vandrende arbejdstagers familie og har afsluttet grundskole og ungdomsuddannelse dér for derefter at fortsætte på en videregående uddannelse, indebærer en tilstrækkelig integration.

77. Selv om jeg har forståelse for argumentet vedrørende den reelle grad af integration i værtsmedlemsstaten, som i mit forslag til afgørelse i Ziolkowski og Szeja-sagen foranledigede mig til at foreslå at medtage opholdsperioder, der er tilbagelagt alene i henhold til national ret, under begrebet lovligt ophold og at sidestille lovligt ophold i direktiv 2004/38's forstand med almindeligt ophold, mener jeg dog på baggrund af nævnte dom ikke, at de opholdsperioder, der er tilbagelagt i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68, skal tages i betragtning med henblik på erhvervelse af varig opholdstilladelse.

78. Følgende betragtninger taler for dette synspunkt.

79. For det første er den omstændighed, at forordning nr. 1612/68 er baseret på en formodning om integration, eller at det barn, der er under uddannelse, oftest vil kunne godtgøre en reel integration i værtsmedlemsstaten, uden betydning for erhvervelsen af varig opholdstilladelse.

80. Det er min opfattelse, at baggrunden for Ziolkowski og Szeja-dommen skal findes i behovet for at opretholde den af EU-lovgiveren ønskede ligevægt mellem på den ene side kravet om fri bevægelighed og integration og på den anden side medlemsstaternes økonomiske interesser. Dette ønske om ligevægt kommer til udtryk i de meget høje krav til graden af integration, idet Domstolen har fastslået, at »den integrationstanke, der regulerer erhvervelsen af retten til tidsubegrænset ophold […], ikke blot er baseret på territoriale og tidsmæssige omstændigheder, men også på kvalitative elementer, der har sammenhæng med graden af integration i værtsmedlemsstaten« [34]. Når »kvaliteten« af integrationen

31 — Jf. Dias-dommen vedrørende en lignende paradoksal situation. Den analyse, hvorefter udstedelse af en opholdstilladelse er en deklaratorisk foranstaltning, og ikke retsstiftende, og sædvanligvis fordelagtig for unionsborgeren, da den forhindrer, at en borgers ophold kan betegnes som ulovligt i henhold til EU-retten, alene af den grund, at vedkommende ikke har et opholdsbevis, ender med at være ugunstig for vedkommende, da den er til hinder for, at en unionsborgers ophold anses for lovligt i henhold til EU-retten alene af den grund, at et sådant bevis er blevet gyldigt udstedt til den pågældende. Jf. ligeledes kommentar til denne dom af F. Kauff-Gazin, *Revue Europe*, 2011, nr. 10, comm. 337.

32 — Sag C-542/09.

33 — Dommens præmis 66.

34 — Dias-dommen, præmis 64.

rent faktisk udelukkende måles efter betingelsen om økonomisk uafhængighed, er det min opfattelse, at det vil være mere i overensstemmelse med virkeligheden at udlede, at betingelserne for erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold er helt uafhængige af graden af ansøgerens integration i værtsmedlemsstaten.

81. Artikel 12 i forordning nr. 1612/68, som har til formål at give et barn af en vandrende arbejdstager mulighed for at fortsætte og afslutte sin uddannelse, således at det ikke afholder arbejdstageren fra at udøve sin ret til fri bevægelighed, finder anvendelse på børn af tidligere vandrende arbejdstagere [35] og kræver kun, at barnet har boet sammen med en eller begge forældre i en medlemsstat, mens i hvert fald én af forældrene var bosat dér som arbejdstager [36]. Tilknytningen til arbejdsmarkedet i form af en erhvervsmæssig beskæftigelse, som anses for at kunne begrunde en formodning om en tilstrækkelig grad af integration, kan således vise sig at være meget svag, navnlig når der er forløbet flere år, siden den unionsborger, hvis barn har en afledt ret, arbejdede, og arbejdet var af meget kort varighed. Det virker derfor nærliggende at kræve af børn, der studerer, at de selv opfylder kravene i direktiv 2004/38.

82. Hvis det i øvrigt bliver muligt at tage opholdsperioder, der er tilbagelagt med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 1612/68, i betragtning, vil dette uden vægtig grund risikere at uddybe forskellene mellem to kategorier af ikke-erhvervsaktive, nemlig dem, der kun kan indrømmes rettigheder, hvis de opfylder kravet om økonomisk uafhængighed, og dem, der ikke er omfattet af dette krav alene af den grund, at deres opholdsret har sin oprindelse i en vandrende arbejdstagers opholdsret.

83. For det andet er hensyntagen til opholdsperioder, der er tilbagelagt med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 1612/68, efter min opfattelse ikke i overensstemmelse med den generelle opbygning af bestemmelserne i direktiv 2004/38 vedrørende betingelserne for erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold i forbindelse med bevarelse af opholdsret på trods af en begivenhed, der bevirker, at de berørte mister deres status som familiemedlem til en unionsborger.

84. Selv om artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 2, i direktiv 2004/38 under visse betingelser giver tredjelandsstatsborgere, der er familiemedlemmer til en unionsborger, mulighed for at opnå en selvstændig opholdsret i tilfælde af unionsborgerens død eller udrejse, opløsning af ægteskab eller et registreret partnerskabs ophør, vil perioder, der er tilbagelagt i medfør af denne ret, kun blive medregnet med henblik på erhvervelse af en ret til tidsubegrænset ophold, såfremt de selv opfylder betingelserne derfor.

85. Det er endnu mere bemærkelsesværdigt, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 ikke indeholder nogen henvisning til erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold, idet denne bestemmelse netop har til formål i de særlige tilfælde af unionsborgerens udrejse eller død at dække situationen for de børn, der er tilmeldt en uddannelsesinstitution, og de forældre, der har den faktiske forældremyndighed.

86. Denne bestemmelse fastsætter, at hvis en unionsborger udrejser fra værtsmedlemsstaten eller afgår ved døden, bevarer unionsborgerens børn eller de personer, som har den faktiske forældremyndighed, uanset nationalitet, retten til ophold, hvis børnene »opholder sig i værtsmedlemsstaten og er tilmeldt en uddannelsesinstitution, *indtil de har afsluttet deres studier* [37]«.

35 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Ibidem, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis.

37 — Min fremhævelse.

87. Formålet med artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 står klart på baggrund af Kommissionens direktivforslag af 23. maj 2001 [38], hvori det præciseres, at »[i] stk. 3 fastslås det princip, der fremgår af EF-Domstolens dom af 15. marts 1989 i de forenede sager 389/87 og 390/87, Echternach og Moritz [39], der omhandler unionsborgeres børn, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, og som studerer og er integreret i værtslandets uddannelsessystem, og som det på grund af sprog, kultur mv. vil være vanskeligt at integrere i et nyt uddannelsessystem. Disse personer kan få problemer, hvis den forælder, der er unionsborger, forlader værtslandet af arbejdsmæssige grunde eller af andre grunde. Deres opholdsret kan begrænses til varigheden af deres studier, og den er betinget af, at børnene er tilmeldt en uddannelsesinstitution på sekundærniveau eller et højere niveau. Det er netop på dette uddannelsesniveau, at en integration i et andet uddannelsessystem bliver vanskeligere« [40].

88. Selv om artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 ikke skaber en selvstændig samlet opholdsret, der svarer præcist til den, der følger af artikel 12 i forordning nr. 1612/68 [41], illustrerer denne bestemmelse den særlige vægt, som direktiv 2004/38 tillægger situationen for børn, der studerer i værtsmedlemsstaten, og forældre, som har forældremyndigheden over dem [42], og er direkte inspireret af den retspraksis, som den, om end kun delvist, har til formål at konsolidere.

89. Artikel 18 i direktiv 2004/38, som fastsætter erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold for visse familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, vedrører imidlertid kun de familiemedlemmer til en unionsborger, som er omhandlet i direktivets artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 2, og ikke børn, der er tilmeldt en uddannelsesinstitution som omhandlet i direktivets artikel 12, stk. 3, som således ikke kan erhverve en tidsubegrænset opholdsret.

90. Hvis opholdsperioder, der er tilbagelagt med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 1612/68, blev taget i betragtning med henblik på erhvervelse af varig opholdstilladelse, ville det følgelig medføre en forskelsbehandling, som ville være vanskelig at begrunde.

91. For at give et eksempel ville et barn, der i fire år havde boet sammen med sin far, som var unionsborger uden erhvervsmæssig beskæftigelse, men rådede over tilstrækkelige midler og havde en sygeforsikring, således ikke kunne få varig opholdstilladelse efter farens død til trods for, at det pågældende barn havde studeret i adskillige år i værtsmedlemsstaten, mens et barn af en partner til en unionsborger, der på grund af skilsmisse havde forladt familien efter seks måneders arbejde i en anden medlemsstat, kunne ansøge om, at de opholdsperioder, der svarede til hans skolegang, blev medregnet.

92. Hvis retten til ophold ifølge artikel 12 i forordning nr. 1612/68, skønt den har sin oprindelse i forælderens status som vandrende arbejdstager, er adskilt herfra for bl.a. at undgå betingelsen om økonomisk uafhængighed, mener jeg, at det følger af den fortolkning, Domstolen har anlagt af begrebet lovligt ophold, at denne dispensation ikke kan anvendes ved erhvervelse af varig opholdstilladelse.

38 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2001) 257 endelig).

39 — Sml. s. 723.

40 — S. 16, punkt 3, i direktivforslaget.

41 — Jf. i denne forbindelse punkt 52 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Teixeira-sagen. Jf. vedrørende en udvidet fortolkning af nævnte bestemmelse, som går ud over selve ordlyden, for bl.a. også at gælde i tilfælde af skilsmisse, P. Starup og M.-J. Elsmore, »Taking a logical or giant step forward? Comment on *Ibrahim* and *Teixeira*«, *European Law Review*, 2010, s. 571 og især s. 583.

42 — Jf. i denne retning dommen i sagen Ibrahim og Secretary of State for the Home Department, præmis 58, samt Teixeira-dommen, præmis 69.

93. Denne løsning er tydeligvis ikke uden ulemper for de personer, der alene afleder deres rettigheder fra artikel 12 i forordning nr. 1612/68 uden ellers at kunne påvise, at de opfylder betingelserne i artikel 7 i direktiv 2004/38. Efter afslutningen af deres uddannelse, som de ellers ville have interesse i at videreføre, vil disse personer befinde sig i en usikker situation, eftersom der kan blive truffet udvisningsforanstaltninger imod dem, selv om gennemførelsen af disse foranstaltninger kan gøres til genstand for en forholdsmæssighedsprøvelse med hensyn til tilsidesættelse af retten til privatliv og familieliv.

94. Ikke desto mindre er det logisk at mene, at omfanget af de rettigheder, som er forbundet med varig opholdstilladelse – der, når den først er erhvervet, giver ret til sociale ydelser, uden at der stilles andre betingelser – som modstykke bør være undergivet de strenge betingelser, der er fastsat for dens erhvervelse. Desuden imødekommer disse strenge, men klare betingelser for at opnå denne ret utvivlsomt et krav om retssikkerhed, idet denne ville blive draget alvorligt i tvivl, hvis Domstolen ændrede sin seneste retspraksis fra Ziolkowski og Szeja-dommen.

95. Af disse grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer den forelæggende rets femte spørgsmål med, at de opholdsperioder, der er tilbagelagt alene med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 1612/68, uden at betingelserne i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38 er opfyldt, ikke kan tages i betragtning med henblik på erhvervelse af retten til tidsubegrænset ophold.

II – Forslag til afgørelse

96. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det femte spørgsmål fra Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London, som følger:

»Opholdsperioder, der er tilbagelagt alene med hjemmel i artikel 12 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, uden at betingelserne i artikel 7, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF er opfyldt, kan ikke tages i betragtning med henblik på erhvervelse af retten til tidsubegrænset ophold som omhandlet i nævnte direktiv.«