FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOtt
fremsat den 25. november 2010[1]

I — Indledning

1. Kan en person, der er statsborger i to EU-medlemsstater, men som altid kun har boet i en af disse to stater, påberåbe sig unionsretten over for denne stat med henblik på at erhverve ret til ophold for sig selv og i særdeleshed for sin ægtefælle? Dette er kernen i det spørgsmål, som Domstolen er blevet anmodet om at afgøre i denne sag.

2. Shirley McCarthy er britisk og irsk statsborger, men har altid kun boet i England[2]. Selv må hun naturligvis opholde sig i England. Dette gælder imidlertid ikke hendes ægtefælle, en jamaicansk statsborger, idet han efter Det Forenede Kongeriges immigrationsregler ikke har ret til ophold i England. For at muliggøre familiesammenføring med sin mand forsøger Shirley McCarthy nu, støttet på sit irske statsborgerskab, at erhverve opholdsret i England som unionsborger; dette ville indirekte også komme ægtemanden til gode, idet denne i henhold til unionsretten ville kunne gøre krav på en afledt opholdsret.

3. I denne sammenhæng vil Domstolen skulle afgøre, hvorledes begrebet »berettiget person« i opholdsdirektivet 2004/38/EF[3] skal forstås. Desuden spørges Domstolen, hvilke krav der må stilles til »lovligt ophold«, der er en grundbetingelse for at erhverve ret til tidsubegrænset ophold i dette direktivs forstand.

II — Retsforskrifter

4. Ved siden af artikel 21 TEUF bestemmes de unionsretlige rammer for denne sag af direktiv 2004/38. Dettes personelle anvendelsesområde defineres i kapitel I (»Almindelige bestemmelser«), nærmere bestemt i direktivets

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Med udtrykkene »britisk statsborgerskab« og ophold »i England« henholder jeg mig her og i det følgende til de tilsvarende formuleringer i forelæggelseskendelsen.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (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 (EUT L 158, s. 77, berigtiget i EUT 2004 L 229, s. 35, og i EUT 2007 L 204, s. 28).

artikel 3 under overskriften »Berettigede personer«, således:

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

[…]«

5. I kapitel IV i direktiv 2004/38 indeholder artikel 16 generelle regler for adgang til ret til tidsubegrænset ophold:

»1. Unionsborgere, der lovligt har haft ophold fem år i træk i værtsmedlemsstaten, har ret til tidsubegrænset ophold på dens område […]

[…]«

6. Som supplement til artikel 16 må der også henvises til 17. betragtning til direktiv 2004/38:

»Tidsubegrænset ophold for unionsborgere, der har valgt at slå sig varigt ned i værtsmedlemsstaten, styrker følelsen af unionsborgerskab og er en afgørende faktor med hensyn til at fremme den sociale samhørighed, der er et af Unionens grundlæggende mål. Alle unionsborgere og deres familiemedlemmer bør derfor sikres ret til tidsubegrænset ophold, når de har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i dette direktiv i en uafbrudt periode på fem år, og der ikke er truffet nogen udsendelsesforanstaltning.«

7. Endeligt må man fra de afsluttende bestemmelser i kapitel VII i direktiv 2004/38 fremhæve artikel 37, hvori der under overskriften »Gunstigere nationale bestemmelser« bestemmes følgende:

»Dette direktiv berører ikke love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne, der er gunstigere for de personer, der er omfattet af dette direktiv.«

III — De faktiske omstændigheder og hovedsagen

8. Shirley McCarthy er i kraft af fødsel i Det Forenede Kongerige britisk statsborger. Hun har altid boet i England, hvor hendes ophold efter national ret altid har været lovligt.

9. I England modtager Shirley McCarthy sociale ydelser fra det offentlige. Hun gør ikke gældende, at hun er eller har været

arbejdstager, selvstændig eller selvforsørgende i unionsrettens forstand.

10. Den 15. november 2002 giftede Shirley McCarthy sig med den jamaicanske statsborger George McCarthy. Denne har efter de nationale immigrationsregler i Det Forenede Kongerige ikke ret til ophold, heller ikke som ægtefælle til en person, der vedvarende er bosat dér [4].

11. Shirley McCarthy har ved siden af sit britiske statsborgerskab også irsk statsborgerskab. Efter ægteskabets indgåelse søgte hun — for første gang overhovedet — om irsk pas. Hendes ansøgning blev imødekommet, da hendes moder er født i Irland.

12. Den 23. juli 2004 ansøgte Shirley McCarthy som unionsborger Secretary of State for the Home Department [5] om opholdsdokumenter i henhold til unionsretten. George McCarthy indgav som denne unionsborgers ægtefælle en tilsvarende ansøgning. Begge ansøgninger blev afslået ved en afgørelse af 6. december 2004. Som begrundelse anførtes, at Shirley McCarthy ikke var en person, der opfyldte de lovbestemte forudsætninger; til denne personkreds hører hovedsageligt kun arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og selvforsørgende. Følgelig kunne George McCarthy heller ikke anses for ægtefælle til en person, der opfylder de lovbestemte forudsætninger.

13. Den 13. december 2004 indgav Shirley McCarthy klage over afgørelsen af 6. december 2004. Den 7. september 2006 blev sagen henvist til Asylum and Immigration Tribunal [6].

14. George McCarthy foretog ingen retsskridt i anledning af afslaget af 6. december 2004, men søgte dog på ny den 16. oktober 2006 om et opholdsdokument som Shirley McCarthys ægtefælle. Også denne anden ansøgning blev afslået ved en afgørelse af 20. april 2007, som George McCarthy den 4. maj 2007 indbragte for Asylum and Immigration Tribunal.

15. Asylum and Immigration Tribunal udsatte behandlingen af George McCarthys sag, indtil der ville foreligge en endelig afgørelse af Shirley McCarthys sag.

16. Den 17. oktober 2006 blev Shirley McCarthys sag behandlet af en enkelt dommer ved Asylum and Immigration Tribunal, men hun fik ikke medhold i sin påstand. Den 13. februar 2007 hjemviste High Court of Justice (England & Wales) dog sagen

4 — Efter oplysninger fra Shirley McCarthys advokat under den mundtlige forhandling ved Domstolen skulle dette skyldes, at George McCarthy oprindeligt var indrejst som »visitor« (besøgende) i Det Forenede Kongerige.

5 — Det Forenede Kongeriges indenrigsminister.

6 — Asyl- og immigrationsdomstol.

til Tribunal til fornyet pådømmelse. Den 16. august 2007 pådømte Tribunal atter Shirley McCarthys sag, men gav hende fortsat ikke medhold. Heller ikke hendes appel til Court of Appeal of England & Wales (Civil Division) [7] gav det af hende ønskede resultat. Den foregående afgørelse blev her stadfæstet den 11. juni 2008.

17. Efter endnu en appel fra Shirley McCarthy verserer sagen nu ved Supreme Court of the United Kingdom (tidligere: House of Lords), den forelæggende ret [8].

IV — Den præjudicielle anmodning og sagens behandling ved Domstolen

18. Ved skrivelse af 2. november 2009, indgået til Domstolen den 5. november 2009, har den forelæggende ret anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål [9]:

»1) Er en person med både irsk og britisk statsborgerskab, som har opholdt sig i Det Forenede Kongerige i hele sit liv, en »berettiget person« i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/38/EF?

2) Har en sådan person »haft lovligt ophold i værtsmedlemsstaten« som omhandlet i direktivets artikel 16 under omstændigheder, hvor vedkommende ikke var i stand til at opfylde betingelserne, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 2004/38/EF?«

19. I sagen for Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af Shirley McCarthy, af Danmark, Irland, Estland, Nederlandene og Det Forenede Kongerige samt af Europa-Kommissionen. I retsmødet den 28. oktober 2010 er der afgivet mundtlige indlæg af Shirley McCarthy, Danmark, Irland samt af Kommissionen.

V — Bedømmelse

20. Ved første blik kan det forekomme mærkværdigt, at en unionsborger i sin hjemstat påberåber sig unionsretten over myndighederne for at tilkæmpe sig ret til ophold. Der er nemlig ingen tvivl om, at denne unionsborger allerede i kraft af sit statsborgerskab i den

7 — Appelret for England og Wales (civil afdeling).

8 — Appellen i hovedsagen var allerede den 13.11.2008 blevet optaget til påkendelse ved House of Lords. I henhold til forfatningsreformen af 2005 (Constitutional Reform Act 2005) er nu alle de dømmende beføjelser, der indtil da tilkom House of Lords, i oktober 2009 blevet overført til den netop oprettede Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges højeste domstol).

9 — Disse spørgsmål blev allerede vedtaget af House of Lords, men fremsendt af Registrar of the Supreme Court of the United Kingdom (justitssekretæren ved Det Forenede Kongeriges højeste domstol). Den omstændighed, at den præjudicielle anmodning er påtegnet »Draft Reference« (udkast til forelæggelse), har i øvrigt ingen betydning for dens formalitet. Som det nemlig fremgår af følgeskrivelsen af 2.11.2009, blev anmodningen officielt indgivet til Domstolen af Supreme Court.

stat, som hun tilhører, har en ret til ophold, som ikke kan begrænses [10].

21. Ved nærmere betragtning er det også i mindre grad Shirley McCarthys personlige opholdsret i England, der står på spil; tværtimod drejer det sig om den opholdsret, der efter omstændighederne formidles via hendes person til ægtefællen, der er statsborger i et tredjeland. Der er altså i sidste ende tale om familiesammenføring, der skal gennemføres ved at tage omvejen over unionsretten, fordi den ikke kan tillades via national ret i Det Forenede Kongerige [11]. Dette blev der også henvist til flere gange under den mundtlige forhandling ved Domstolen.

22. Det er imidlertid et spørgsmål, om unionsretten kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde, da Shirley McCarthy jo aldrig har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, således som den følger af artikel 21, stk. 1, TEUF, artikel 45 TEUF, artikel 49 TEUF og artikel 56 TEUF [12] og bekræftes i artikel 15, stk. 2, og artikel 45, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [13]. Som tilknytningspunkt til unionsretten kommer her alene Shirley McCarthys egenskab af »dobbeltstatsborger« i betragtning, idet hun ved siden af at være britisk også er irsk statsborger.

23. Mens Shirley McCarthy mener, at hendes dobbelte statsborgerskab er tilstrækkelig som unionsretligt tilknytningspunkt, er alle de i sagen deltagende regeringer og Kommissionen af den modsatte opfattelse.

A — *Udtrykket »berettigede personer« i direktiv 2004/38 (det første præjudicielle spørgsmål)*

24. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorledes begrebet »berettigede personer« i artikel 3 i direktiv 2004/38 skal fortolkes. Det væsentligste i spørgsmålet er, om en person, der er statsborger i to EU-medlemsstater, men som altid kun har boet i den ene af disse to stater, kan støtte sig på direktiv 2004/38 for på denne stats højhedsområde at opnå ret til ophold for sig selv og dermed indirekte også for sin ægtefælle.

10 — Som Domstolen fastslog i dom af 4.12.1974, sag 41/74, van Duyn, Sml. s. 1337, præmis 22, følger det af en folkeretlig grundsætning, at »en stat ikke kan nægte egne statsborgere adgang til sit område og ophold dér«. Jf. desuden dom af 7.7.1992, sag C-370/90, Singh, Sml. I, s. 4265, præmis 22, og af 11.12.2007, sag C-291/05, Eind, Sml. I, s.10719, præmis 31, samt artikel 3 i protokol nr. 4 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, åbnet for undertegnelse i Strasbourg den 16.9.1963 og trådt i kraft den 2.5.1968 (*ETS* nr. 46).

11 — Dette er også grunden til, at afgørelsen af George McCarthys appel vedrørende hans ret til ophold blev udsat (jf. ovenfor i punkt 15 i dette forslag til afgørelse).

12 — Tidligere artikel 18, stk. 1, EF, artikel 39 EF, 43 EF og 49 EF.

13 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev højtideligt proklameret, første gang den 7.12.2000 i Nice (EFT 2000 C 364, s. 1), og dernæst endnu engang den 12.12.2007 i Strasbourg (EUT 2007 C 303, s. 1).

25. Efter ordlyden af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 må dette spørgsmål besvares benægtende. En berettiget person i direktivets forstand er enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvori vedkommende er statsborger. Modsætningsvis kan det af artikel 3, stk. 1, sluttes, at direktiv 2004/38 *ikke* gælder i forholdet mellem en unionsborger og den medlemsstat, hvor han er statsborger og altid har opholdt sig.

26. Denne fortolkning bekræftes, hvis man betragter den regelsammenhæng, som artikel 3, stk. 1, i direktiv 2004/38 indgår i, og hvis man tager direktivets formål i betragtning.

27. Direktiv 2004/38 har til formål at lette unionsborgernes ret til *fri bevægelighed* på medlemsstaternes område. Derfor bruger direktivet ofte fri bevægelighed og ophold i samme åndedrag [14]; det har til formål at »forenkle og styrke unionsborgernes ret til fri bevægelighed og ophold« [15].

28. Hvad angår regelsammenhængen for artikel 3, stk. 1, må det bemærkes, at talrige forskrifter i direktiv 2004/38 taler om en unionsborgers »indrejse« [16], om hans ophold »på en anden medlemsstats område« [17] eller om »værtsmedlemsstaten« [18]. Herved er værtsmedlemsstaten i direktivets forstand den »medlemsstat, hvortil unionsborgeren rejser med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed og ophold« [19]. Som alle disse forskrifter viser, regulerer direktiv 2004/38 retsstillingen for en unionsborger i en medlemsstat, hvori han opholder sig *under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed* — efter omstændighederne allerede fra fødslen [20] — men hvor han ikke er statsborger.

29. Dette udelukker givet ikke, at direktiv 2004/38 også på et tidspunkt kan komme til anvendelse over for unionsborgerens hjemstat, hvis der består en tilknytning til unionsretten. Det er således i overensstemmelse med fast retspraksis, at en unionsborger, som, efter at have gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, nu vil vende tilbage til sin

14 — Artikel 1, litra a), artikel 3, stk. 2, og artikel 5, stk. 4, samt 3. og 22. betragtning til direktiv 2004/38.

15 — Tredje betragtning til direktiv 2004/38; i samme retning direktiv 2004/38's titel samt dets femte betragtning, hvor der tales om unionsborgerens »ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område«. Jf. også dom af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241, præmis 59, domme af 23.2.2010, sag C-310/08, Ibrahim, Sml. I, s. 1065, præmis 49, og sag C-480/08, Teixeira, Sml. I, s. 1107, præmis 60, samt dom af 7.10.2010, sag C-162/09, Lassal, Sml. I, s. 9217, præmis 30.

16 — Jf. eksempelvis artikel 3, stk. 2, artikel 5, artikel 8, stk. 2, artikel 15, stk. 2, artikel 27, stk. 3, artikel 29, stk. 2 og 3, artikel 31, stk. 4, samt 6. og 22. betragtning til direktiv 2004/38.

17 — Artikel 6, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38; i samme retning direktivets 11. betragtning, hvor der tales om »grundlæggende og personlige ret til at tage ophold i en anden medlemsstat«.

18 — Artikel 2, artikel 3, stk. 2, artikel 5, stk. 3, artikel 7, 8, 14-18, 22, 24, 28, 29, 31 og 33, samt 5., 6., 9., 10., 15., 16., 17., 18., 19., 21., 23. og 24. betragtning til direktiv 2004/38.

19 — Artikel 2, nr. 3), i direktiv 2004/38.

20 — Jf. artikel 3, stk. 1, og 24. betragtning til direktiv 2004/38; i samme retning dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925, præmis 19, og Teixeira-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 45.

hjemmedlemsstat, har ret til at påberåbe sig unionsretten over for denne stat [21]. Det samme gælder i øvrigt også, hvis en unionsborger vil forlade sin hjemmedlemsstat for at udøve sin ret til fri bevægelighed efter unionsretten og rejse til en anden medlemsstat [22].

30. En unionsborger som Shirley McCarthy, der altid har opholdt sig i en medlemsstat, hvor hun er statsborger, og heller aldrig har gjort brug af sin unionsretligt garanterede ret til fri bevægelighed, falder imidlertid ikke under anvendelsesområdet for direktiv 2004/38, hverken efter ordlyden af artikel 3, stk. 1, eller efter denne forskrifts formål og regelkontekst. Det samme gælder for Shirley McCarthys familiemedlemmer [23], hvis ret til indrejse og ophold — samt i almindelighed mulighed for familiesammenføring — ikke beror på en oprindelig ret til fri bevægelighed, men afledes af unionsborgerens ret til fri bevægelighed, til hvis virkeliggørelse den tjener [24].

31. Efter min opfattelse følger der heller ikke noget andet af den ret til fri bevægelighed for unionsborgerne, der er forankret i den primære ret (artikel 21, stk. 1, TEUF og artikel 45, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder). Det er korrekt, at den sekundære ret skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med den primære ret, eksempelvis traktatens grundrettigheder [25]. Efter min opfattelse er direktiv 2004/34 dog i overensstemmelse med de primærretlige krav. I særdeleshed finder jeg ikke, at en unionsborger også kan udlede en ret til ophold af artikel 21, stk. 1, TEUF, over for den medlemsstat, hvori vedkommende er statsborger, når der — som det gælder i Shirley McCarthys tilfælde — mangler ethvert grænseoverskridende element [26].

32. Tilbage står at undersøge, om det indtil nu fremkomne resultat kan ændres af den omstændighed, at Shirley McCarthy er indehaver af statsborgerskab i to EU-medlemsstater — det britiske og det irske.

33. Her må det først bemærkes, at en unionsborger i Shirley McCarthys situation ikke på forhånd kan frakendes ret til at påberåbe sig sit andet statsborgerskab — her det irske — alene under henvisning til, at dette

21 — Singh-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 19-23, og Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 32-36. I samme retning dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter. Sml. I, s. 6279, især præmis 46.

22 — Dom af 10.7.2008, sag C-33/07, Jipa, Sml. I, s. 5157, især præmis 17 og 18.

23 — I samme retning allerede dom af 27.10.1982, sag 36/82, Morson og Jhanjan, Sml. s. 3723, præmis 11-18.

24 — I samme retning Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 23.

25 — Jf. eksempelvis dom af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 28, og af 19.11.2009, sag C-402/05, Sturgeon m.fl., Sml. I, s. 10923, præmis 48.

26 — Den modsatte opfattelse fremsættes af generaladvokat Shartpston i hendes forslag til afgørelse af 30.9.2010 i sag C-34/09, Ruiz Zambrano, der endnu verserer for Domstolen, særligt punkt 91-97 og 122, første punktum.

statsborgerskab ikke er effektivt. I den foreliggende sag tyder alt ganske vist på, at det er Shirley McCarthy' britiske statsborgerskab, der er langt det mest effektive, da hun jo altid har boet i England og først søgte om irsk pas, kort før hun ansøgte om et opholdsdokument i henhold til unionsretten. Domstolen har dog understreget, at inden for Den Europæiske Union »må en medlemsstat i sin lovgivning ikke begrænse virkningerne af en anden medlemsstats tildeling af statsborgerskab ved at kræve yderligere betingelser for anerkendelse af dette statsborgerskab, når det drejer sig om udøvelse af de i traktaten hjemlede grundlæggende friheder« [27]. Ifølge retspraksis kan indehavelse af dobbelt statsborgerskab derfor i princippet i høj grad være af betydning ved bedømmelsen af unionsborgerens retsstilling over for sin oprindelsesmedlemsstat [28].

34. Således kan en unionsborgers dobbelte statsborgerskab nødvendiggøre afvigelser fra den interne navneret i en af oprindelsesmedlemsstaterne ved fastsættelsen af hans navn [29]. Navnet er nemlig en væsentlig bestanddel af en persons identitet. Derfor må en unionsborger kunne stole på, at det navn, hvormed han er opført i en medlemsstat, anerkendes i alle andre medlemsstater [30]. Hvis der opstod tvivl om en unionsborgers identitet, fordi hans navn skrives eller lyder forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat, kunne der opstå store ulemper af privat eller erhvervsmæssig art for den pågældende [31].

35. Hvad der måtte gælde på områder som navneret, lader sig dog ikke nødvendigvis overføre på den her omhandlede ret til ophold og den hermed sammenhængende mulighed for familiesammenføring. Det afgørende er tværtimod, om den situation, en unionsborger befinder sig i på grund af sit dobbelte statsborgerskab, også i denne sammenhæng på retlig relevant vis adskiller sig fra den situation, en anden unionsborger, der kun har statsborgerskab i værtsmedlemsstaten, befinder sig i.

36. Kriterierne for de faktiske omstændigheder og deres sammenlignelighed må fastlægges og bedømmes bl.a. i lyset af indhold af og formål med den retsakt, der indfører denne

27 — Dom af 7.7.1992, sag C-369/90, Micheletti m.fl., Sml. I, s. 4239, præmis 10, og af 2.10.2003, sag C-148/02, Garcia Avello, Sml. I, s. 11613, præmis 28, samt dommen i sagen Zhu og Chen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 39.

28 — Garcia Avello-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, især præmis 32-37. Også dommen i sagen Micheletti m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 27, tydeliggør betydningen af dobbelt statsborgerskab i unionsretten, ganske vist i forhold til en medlemsstat, hvor den pågældende unionsborger *ikke* er statsborger.

29 — Garcia Avello-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, især præmis 36, 37 og 45.

30 — I denne retning dom af 14.10.2008, sag C-353/06, Grunkin og Paul, Sml. I, s. 7639, især præmis 23 og 31.

31 — Garcia Avello-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 36, og Grunkin-Paul-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 23-28 og 32. I samme retning allerede tidligere dom af 30.3.1993, sag 168/91, Konstantinidis, Sml. I, s. 1191, præmis 16.

sondring. Desuden må der tages hensyn til principper og formål for det område, som den pågældende retsakt henhører under [32].

37. Den i denne sag omstridte ret, som unionsborgerne har til ophold for sig selv og deres familiemedlemmer, tjener til at lette unionsborgernes frie bevægelighed på medlemsstaternes område [33]. I så henseende har et dobbelt unionsborgerskab som Shirley McCarthys ingen specielle særegenheder. I opholdsretlig henseende er hun i samme situation som alle andre britiske statsborgere, der altid har boet i England og aldrig har forladt deres oprindelsesland: De gør ikke brug af deres ret til fri bevægelighed [34].

38. En unionsborger som Shirley McCarthy får ikke sin frie bevægelighed begrænset [35], lige så lidt som hun forskelsbehandles i forhold til andre britiske statsborgere, der befinder sig i en sammenlignelig situation. Den omstændighed, at hun ud over sit britiske statsborgerskab også har irsk statsborgerskab, betyder ikke i sig selv, at unionsrettens bestemmelser om indrejse og ophold tvingende skal anvendes på hende og hendes familiemedlemmer.

39. Det må medgives, at der på denne måde kan opstå det resultat, at en unionsborger, der har udøvet sin ret til fri bevægelighed, i medfør af unionsretten kan være omfattet af mere liberale regler for indrejse og ophold for sine familiemedlemmer fra et tredjeland end en statsborger i værtsmedlemsstaten, der altid har opholdt sin på dennes område [36]. I almindelighed betegnes dette problem med begrebet *forskelsbehandling af landets egne statsborgere* eller *omvendt forskelsbehandling*.

40. Efter fast retspraksis har unionsretten dog ingen regler for dette problem. Den omstændighed, at unionsborgere muligvis behandles forskelligt i forhold til deres familiemedlemmers indrejse og ophold fra tredjelande alt efter, om disse unionsborgere tidligere har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed, falder nemlig ikke under unionsrettens anvendelsesområde [37].

32 — Dom af 6.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl., Sml. I, s. 9885, præmis 26.

33 — Dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 82. Jf. også ovenfor (dette forslags punkt 27).

34 — Herved adskiller nærværende sag sig fra Zhu og Chen-sagen (dommen nævnt ovenfor i fodnote 20), i hvilken den pågældende unionsborger, Catherine Zhu, *ikke* havde statsborgerskab i værtsmedlemsstaten, men kun i en anden medlemsstat, således at hun fra fødslen havde boet i værtsmedlemsstaten *under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed* i henhold til artikel 21, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 18 EF). Det foreliggende tilfælde adskiller sig også fra Eind-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, i hvilken den pågældende unionsborger ganske vist havde statsborgerskab i værtsmedlemsstaten (Nederlandene), men hvortil han vendte tilbage *efter udøvelse af sin ret til fri bevægelighed*.

35 — Som Irland med rette understreger, er der intet til hinder for, at Shirley McCarthy udøver sin ret til fri bevægelighed til at slå sig ned i en anden medlemsstat, eksempelvis Irland, hvortil også ægtemanden kan ledsage hende som familiemedlem.

36 — Jf. også dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 76-78.

37 — Dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 77 og 78. I samme retning fast retspraksis vedrørende traktaternes grundrettigheder, jf. eksempelvis dom af 1.4.2008, sag C-212/06, Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, Sml. I, s. 1683, præmis 33.

41. I litteraturen overvejes det dog undertiden at udlede et forbud mod forskelsbehandling af landets egne statsborgere af unionsborgerskabet [38]. Også generaladvokat Sharpston har for nylig udtalt sig i denne retning [39]. Som Domstolen dog gentagne gange har fastslået, har unionsborgerskabet ikke til formål at udvide det materielle anvendelsesområde for unionsretten, således at det også omfatter interne forhold, der ikke har nogen tilknytning til unionsretten [40].

42. Det kan givet ikke udelukkes, at Domstolen på et tidspunkt vil tage sin praksis op til fornyet overvejelse og se sig foranlediget til at udlede et forbud mod forskelsbehandling af landets egne statsborgere af unionsborgerskabet. Således er unionsborgerskabets formål jo »at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere, idet det gør det muligt for dem blandt sidstnævnte, som befinder sig i samme situation, at blive undergivet samme retlige behandling, uanset deres nationalitet og med forbehold af udtrykkeligt fastsatte undtagelser i denne henseende« [41].

43. Den foreliggende sag synes mig dog ikke at udgøre de egnede rammer for at underkaste problematikken vedrørende forskelsbehandling af et lands egne statsborgere en videregående undersøgelse. En »statisk« unionsborger som Shirley McCarthy forskelsbehandles her nemlig ikke i forhold til »mobile« unionsborgere [42]. For selv om man så bort fra, at Shirley McCarthy ikke har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, og hun i princippet kunne støtte ret på direktiv 2004/38, ville hun alligevel ikke kunne opfylde de øvrige betingelser for længerevarende ret til ophold, der gælder for unionsborgerne.

44. Shirley McCarthy er hverken erhvervsaktiv eller råder over tilstrækkelige midler til underhold for sig selv og sin familie; hun er ikke »selvforsørgende«, men modtager

38 — K.-D. Borchardt, »Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft«, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, s. 2057 (s. 2059). D. Edward, »Unionsbürgerschaft — Mythos, Hoffnung oder Realität?« i: »Grundrechte in Europa« — *Münsterische Juristische Vorträge*, Münster, 2002, s. 35 (s. 41). D. Edward, »European Citizenship — Myth, Hope or Reality?«, i: »Problèmes d'interprétation« — *i mindeskrift for Constantinos N. Kakouris*, Athen/Bruxelles, 2004, s. 123 (s. 131-133). E. Spaventa, »Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects«, *Common Market Law Review* 45 (2008), s. 13 (navnlig s. 30-39).

39 — Forslag til afgørelse i Ruiz Zambrano-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 26, især punkt 139-150.

40 — Dom af 5.6.1997, sag C-64/96, Uecker og Jacquet, Sml. I, s. 3171, præmis 23, Garcia Avello-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 26, dom af 12.7.2005, sag C-403/03, Schempp, Sml. I, s. 6421, præmis 20, dommen i sagen Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 39, og dom af 22.5.2008, sag 499/06, Nerkowska, Sml. I, s. 3993, præmis 25.

41 — Dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Grzelczyk, Sml. I, s. 6193, præmis 31, og af 16.12.2008, sag C-524/06, Huber, Sml. I, s. 9705, præmis 69. I samme retning dom af 12.9.2006, sag C-300/04, Eman og Sevinger, Sml. I, s. 8055, især præmis 57, 58 og 61. Vedrørende unionsborgerskabet som »grundlæggende status«, se endvidere dom af 17.9.2002, sag C-413/99, Baumbast og R, Sml. I, s. 7091, præmis 82, Garcia Avello-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 22, og dom af 2.3.2010, sag C-153/08, Rottmann, Sml. I, s. 449, præmis 43.

42 — I denne retning også forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston i Ruiz Zambrano-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 26, punkt 146, hvorefter »statiske« og »mobile« unionsborgere befinder sig i en sammenlignelig situation.

bistand fra det offentlige i Det Forenede Kongerige [43]. Hermed opfylder hun ikke de materielle krav, som unionsretten stiller til unionsborgere, der vil opholde sig mere end tre måneder i værtsmedlemsstaten [44]. Der er heller ikke noget holdepunkt for, at Shirley McCarthy tidligere har arbejdet i Det Forenede Kongerige i en uafbrudt periode på mindst fem år eller råder over tilstrækkelige midler til underhold for sig selv og sin familie, hvilket er en grundbetingelse for erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold [45]. Følgelig kunne Shirley McCarthy selv som »mobil« unionsborger ikke udlede nogen ret til ophold af unionsretten.

45. Således bliver jeg på denne baggrund i det hele ved den mening, at den forelæggende rets første spørgsmål må besvares benægtende. Det skal besvares med, at en unionsborger, der er statsborger i to EU-medlemsstater, men altid kun har boet i den ene af disse to stater, ikke kan gøre krav på ret til ophold i denne stat i henhold til direktiv 2004/38/EF.

46. Hvis Domstolen alligevel i det foreliggende tilfælde skulle overveje at udvikle unionsborgerstatussen [46], mener jeg, at det er nødvendigt at genoptage den mundtlige forhandling. Hidtil har procesdeltagerne i det foreliggende tilfælde kun i forbigående — mod slutningen af den mundtlige forhandling — haft anledning til at fremsætte deres argumenter vedrørende denne problematik. De bør efter min opfattelse have lejlighed til at beskæftige sig mere indgående med denne problematik. Det ville i så fald også være meget sandsynligt, at andre medlemsstater så sig foranlediget til at tage mundtlig stilling for Domstolen.

B — *Vedrørende begrebet »lovligt ophold« i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 (det andet præjudicielle spørgsmål)*

47. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplysninger om begrebet »lovligt ophold« i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 [47]. I det væsentlige skal det afgøres, om dette begreb også omfatter en unionsborgers ophold, når denne kun har boet i værtsmedlemsstaten, og retten til dette ophold for dets samlede varighed alene skyldes den

43 — Jf. ovenfor (dette forslags punkt 9).

44 — Artikel 7, stk. 1, i direktiv 2004/38.

45 — Artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38; jf. herved nærmere mine bemærkninger til det andet præjudicielle spørgsmål (punkt 47-57 i dette forslag til afgørelse).

46 — I denne retning også forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston i Ruiz Zambrano-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 26.

47 — Med hensyn til fortolkningen af artikel 16 i direktiv 2004/38, i særdeleshed af begrebet »lovligt ophold«, er der også rejst forskellige spørgsmål i de verserende sager C-352/09, Dias, C-424/10, Ziolkowski, og C-425/10, Szeja. De vedrører dog, så vidt ses, ikke unionsborgere, der er statsborgere i værtsmedlemsstaten.

omstændighed, at vedkommende er statsborger i netop denne stat.

48. Dette spørgsmål er logisk underordnet det første spørgsmål. Hvis det første spørgsmål, som jeg har foreslået, besvares benægtende [48], er unionsborgeren slet ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/38, og det andet spørgsmål skal ikke besvares. Følgelig behandler jeg herefter kun det andet spørgsmål subsidiært.

49. Begrebet lovligt ophold, som efter artikel 16, stk. 1, er en betingelse for erhvervelse af ret til tidsubegrænset ophold, defineres ikke nærmere i direktiv 2004/38.

50. Heller ikke i den nyligt afsagte Lassal-dom har Domstolen efter min opfattelse definitivt løst dette problem, men alene klargjort, at ophold, »som er tilbagelagt i overensstemmelse med de EU-retlige instrumenter, der var gældende [før], skal tages i betragtning« [49]. Dette udelukker dog på ingen måde, at også andre opholdsperioder, som alene er tilbagelagt efter den nationale fremmedret, kommer i betragtning.

51. Ganske vist tyder præamblen til direktiv 2004/38 på, at der med lovligt ophold i første række menes ophold »i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i dette direktiv«, altså et ophold, som den pågældende var berettiget til i henhold til unionsretten [50]. Dog må bestemmelserne i direktiv 2004/38, henset til den sammenhæng, som direktiv 2004/38 indgår i, og de mål, der søges opnået herved, ikke fortolkes restriktivt [51].

52. Med retten til ubegrænset ophold i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/38 har unionslovgiver haft til hensigt at bidrage til at »fremme den sociale samhørighed, der er et af Unionens grundlæggende mål« [52] og »et egentligt middel til integration i samfundet i værtsmedlemsstaten« [53]. Det er i overensstemmelse med dette mål, hvis gruppen af personer, der er berettiget til tidsubegrænset ophold, udvides til de unionsborgere, hvis ret til ophold i værtsmedlemsstaten alene følger af den nationale fremmedret [54], for bedømmelsen af en unionsborgers grad af integration i værtsmedlemsstaten er det nemlig af sekundær betydning, på hvilken hjemmel hans opholdsret beror.

48 — Jf. ovenfor (især punkt 25 og 45 i dette forslag til afgørelse).

49 — Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 40.

50 — 17. betragtning til direktiv 2004/38.

51 — Dommen i sagen Metock m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 84 og 93, og Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 31.

52 — 17. betragtning til direktiv 2004/38.

53 — 18. betragtning til direktiv 2004/38; jf. endvidere Lassal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 32; vedrørende integrationssynspunktet, se også præmis 37.

54 — Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse af 20.10.2009 i Teixeira-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 119. Åbenbart hælder generaladvokat Trstenjak til en anden opfattelse (forslag til afgørelse af 11.5.2010 i Lassal-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 88, sidste punktum).

53. At der kan forekomme tilfælde, hvor en ret til ophold kun beror på værtsmedlemsstatens nationale fremmedret, viser artikel 37 i direktiv 2004/38, hvorefter direktivet udtrykkeligt ikke berører gunstigere love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne. Også fra retspraksis kendes der tilfælde, hvor unionsborgerens ret til ophold i værtsmedlemsstaten ikke kunne støttes på unionsretten, men alene på den nationale fremmedret [55]. Et sådant ophold har Domstolen dog heller ikke anset for uden betydning, tværtimod har den knyttet unionsretlige følgeslutninger hertil [56].

54. Med lovligt ophold som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 kan der imidlertid kun menes et ophold, der hviler på fremmedretlige bestemmelser, men ikke et ophold, hvis lovlighed alene følger af den omstændighed, at den pågældende er statsborger i værtsmedlemsstaten. Som allerede anført [57] tjener direktiv 2004/38 til at gennemføre og lette unionsborgerens ret til fri bevægelighed. Direktivet skal eksempelvis ikke fremme den samfundsmæssige integration i værtsmedlemsstaten af statsborgere, der aldrig har gjort brug af deres ret il fri bevægelighed.

55. Der består grundlæggende kvalitative forskelle mellem en ret til ophold, der har en fremmedretlig hjemmel, og en ret til ophold, der følger af, at den pågældende er statsborger i værtsmedlemsstaten. Mens medlemsstaterne efter folkeretlige principper nemlig ikke på nogen måde må begrænse deres egne statsborgeres ret til ophold [58], har de ret til kun at tillade udlændinges ophold på det nationale område på bestemte betingelser. Dette gælder også, når der er tale om ophold for unionsborgere fra andre medlemsstater, hvorved der imidlertid skal tages hensyn til de grænser, der følger af unionsretten [59].

56. Hvis man tillod en unionsborger som Shirley McCarthy, der aldrig har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, at støtte ret på direktiv 2004/38, ville man ende med en »à la carte-løsning« [60]: Unionsborgeren kunne da nyde fordelene i direktiv 2004/38 med hensyn til familiesammenføring med ægtefællen uden at honorere direktivets formål —

55 — Dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, 7573, særligt præmis 36 og 37; på samme måde dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml I, s. 2691, især præmis 14 og 15 samt 60 og 61, selv om der i det sidste tilfælde snarere synes at være tale om et tålt ophold for unionsborgeren.

56 — Martínez Sala-dommen (præmis 64 og 65) og Trojani-dommen (præmis 39), begge nævnt ovenfor i fodnote 55.

57 — Jf. mine bemærkninger til det første præjudicielle spørgsmål (især punkt 27 og 28 i dette forslag til afgørelse).

58 — Jf. ovenfor (punkt 20 og fodnote 10 i dette forslag til afgørelse).

59 — Jf. især artikel 7, 8 og 27-33 i direktiv 2004/38.

60 — I samme retning går de udtryk, Irland anvendte under den mundtlige forhandling »*à la carte* approach« og »the best of both worlds«.

virkeliggørelse og lettelse af retten til fri bevægelighed — og uden at være pålagt nogen som helst betingelser efter direktivet, eksempelvis betingelsen om at råde over tilstrækkelige midler til underholdet i direktivets artikel 7, stk. 1. Som flere af de i sagen deltagende regeringer med rette har understreget, svarer dette ikke til ånden i og formålet med de unionsretlige bestemmelser om fri bevægelighed og ret til ophold.

57. Den forelæggende rets andet spørgsmål måtte herefter besvares således:

Et opholds lovlighed, hvilket efter artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38 er en forudsætning for at erhverve ret til tidsubegrænset ophold, kan følge af unionsretten eller af værtsmedlemsstatens nationale fremmedret.

Hvis imidlertid en unionsborger er statsborger i værtsmedlemsstaten og altid har opholdt sig dér udelukkende på grundlag af statsborgerskabet uden at have gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, er der ikke tale om et »lovligt ophold« som omhandlet i artikel 16, stk. 1, i direktiv 2004/38.

C — *Afsluttende bemærkninger*

58. I henhold til den løsning, jeg her har foreslået, kan en unionsborger i Shirley McCarthys situation ikke støtte sig på unionsretten med henblik på for sig selv og sine familiemedlemmer at erhverve ret til ophold i den medlemsstat, hvori hun altid har boet, og hvori hun er statsborger.

59. Som Domstolen imidlertid allerede antydede i sagen Metock m.fl. [61], er alle medlemsstater kontraherende parter i den europæiske menneskerettighedskonvention [62]. Også selv om denne konvention ikke giver udlændinge nogen ret som sådan til at indrejse i et bestemt land eller opholde sig der, kan det dog betyde et indgreb i respekten for familielivet efter konventionens artikel 8, stk. 1, såfremt en person forbydes indrejse i et land, hvor personens nære slægtninge bor [63].

61 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 79.

62 — Den europæiske konvention om beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4.11.1950 (*ETS* nr. 5).

63 — Jf. eksempelvis dom af 18.2.1991 afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen Moustaquim mod Belgien (serie A, nr. 193, s. 18, præmis 36), af 2.8.2001 i sagen Boultif mod Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, præmis 39), og af 22.4.2004 i sagen Radovanovic mod Österreich (klage nr. 42703/98, præmis 30). De Europæiske Fællesskabers Domstol på sin side har for Den Europæiske Union anerkendt, at retten til at leve sammen med sine nære slægtninge medfører forpligtelser for medlemsstaterne; der kan her være tale om negative forpligtelser, som når en medlemsstat ikke må udvise en person, eller om positive, som når medlemsstaten er forpligtet til at lade en person indrejse og opholde sig på territoriet (dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, »Familiesammenføring«, Sml. I, s. 5769, præmis 52).

60. Under disse omstændigheder kan det ikke ganske udelukkes, at Det Forenede Kongerige på grund af sin egen deltagelse i den europæiske menneskerettighedskonvention kunne være forpligtet til at meddele George McCarthy ret til ophold som ægtefælle til en i England boende britisk statsborger. Dette er imidlertid ikke noget unionsretligt spørgsmål, men alene et spørgsmål om Det Forenede Kongeriges binding til den europæiske menneskerettighedskonvention. For dette spørgsmål er det udelukkende de nationale retter, efter omstændighederne Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der er kompetente.

VI — Forslag til afgørelse

61. Henset til de foregående overvejelser, skal jeg foreslå Domstolen at besvare anmodningen om præjudiciel afgørelse således:

»En unionsborger, der er statsborger i to EU-medlemsstater, men altid kun har boet i den ene af disse to stater, kan ikke gøre krav på ret til ophold i denne stat i henhold til direktiv 2004/38/EF.«