Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT MICHAL BOBEK
föredraget den 10 april 2018 [1]

Mål C-89/17

Secretary of State for the Home Department
mot
Rozanne Banger

(begäran om förhandsavgörande från Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (överdomstol (immigrations- och asylavdelningen)), London (Förenade kungariket))

”begäran om förhandsavgörande – Unionsmedborgarskap – Artikel 21 FEUF – En unionsmedborgares återkomst till den medlemsstat i vilken han är medborgare efter utövande av rätt till fri rörlighet i en annan medlemsstat – Uppehållsrätt för en tredjelandsmedborgare som är medlem av en unionsmedborgares utvidgade familj – Analog tillämpning av direktiv 2004/38/EC – Artikel 3.2.b – Skyldighet att i enlighet med nationell lag underlätta inresa och uppehåll för en partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt förhållande – Rätt att överklaga – Omfattning av domstolsprövning – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna”

I. Inledning

1. Rozanne Banger kommer från Sydafrika. Hennes partner Philip Rado är medborgare i Förenade kungariket. De levde tillsammans i Nederländerna där Rozanne Banger erhöll uppehållstillstånd som ogift partner till en unionsmedborgare.

2. I Nederländerna fick Rozanne Banger uppehållstillstånd enligt artikel 3.2 i direktiv 2004/38/EG. [2] Den bestämmelsen anger att den *mottagande* medlemsstaten ska i enlighet med nationell lag *underlätta* inresa och uppehåll för andra personer som inte omfattas av artikel 2.2 i direktivet som familjemedlemmar. Detta innefattar en partner med vilken en unionsmedborgare, enligt vad denne visat, har ett varaktigt förhållande.

3. Senare beslöt paret att flytta till Förenade kungariket. De behöriga myndigheterna där avslog Rozanne Bangers ansökan om uppehållstillstånd på grund av att hon inte var gift med sin partner.

4. Det finns också en ordning i Förenade kungariket som syftar till att införliva artikel 3.2 i direktiv 2004/38. Emellertid är det i denna medlemsstat som Philip Rado har sitt *hem*. På grund härav kunde Rozanne Banger inte utnyttja denna ordning, eftersom den endast är tillämplig på medlemmar av utvidgade familjer till unionsmedborgare *från andra medlemsstater* och inte på medlemmar av utvidgade familjer till medborgare i Förenade kungariket som återvänder dit efter att ha utövat sin rätt till uppehåll i en annan medlemsstat.

1 Originalspråk: engelska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77) (nedan kallat direktiv 2004/38).

5. Det är i det samanhanget som Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (överdomstol (immigrations- och asylavdelningen)), London, Förenade kungariket, i huvudsak hänskjuter två frågor till EU-domstolen.

6. För det första är frågan om medlemsstater är skyldiga att *bevilja* eller *underlätta* uppehåll för en ogift partner till en unionsmedborgare som åtföljer en unionsmedborgare när denne återvänder till sin hemstat som också är medlemsstat. Om svaret är ja, önskar den hänskjutande domstolen få veta om en sådan skyldighet grundar sig på direktiv 2004/38 eller på de principer som domstolen fastslagit i domen i målet Singh. [3]

7. För det andra önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i hur omfångsrikt domstolsskydd som krävs enligt unionsrätten i situationer som omfattas av artikel 3.2 i direktivet i det speciella sammanhanget med lagen i England och Wales som, beroende på vilket slags anspråk saken gäller, tillhandahåller olika slag av domstolsskydd: ett överklagandeförfarande och domstolsprövning i form av en så kallad judicial review. I det aktuella fallet där klaganden är medlem av en utvidgad familj, är en judicial review den enda tillgängliga formen av domstolsprövning.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

8. I skäl 6 i direktiv 2004/38 uttalas följande:

”För att bevara familjens enhet i vidare mening och med förbehåll för förbudet mot diskriminering på grundval av nationalitet, bör situationen för de personer som inte omfattas av definitionen av familjemedlem enligt detta direktiv och som därför inte har någon automatisk rätt till inresa och uppehåll i den mottagande medlemsstaten behandlas av den mottagande medlemsstaten på grundval av dess nationella lagstiftning, så att den kan besluta huruvida inresa och uppehåll ändå kan beviljas sådana personer, varvid hänsyn skall tas till deras anknytning till unionsmedborgaren och andra omständigheter, till exempel deras ekonomiska eller fysiska beroendeförhållande till unionsmedborgaren.”

9. Artikel 2 i samma direktiv innehåller följande definitioner:

”1. *unionsmedborgare*: varje person som är medborgare i en medlemsstat.

2. *familjemedlem:*

a) make eller maka,

b) den partner med vilken unionsmedborgaren har ingått ett registrerat partnerskap på grundval av lagstiftningen i en medlemsstat, om den mottagande medlemsstatens lagstiftning behandlar registrerade partnerskap som likvärdiga med äktenskap och i enlighet med villkoren i relevant lagstiftning i den mottagande medlemsstaten,

…

3. *mottagande medlemsstat*: den medlemsstat dit unionsmedborgaren reser för att utöva sin rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig.”

3 Dom av den 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296). Se även dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), och dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

10. I artikel 3 i direktivet uttalas:

”1. Detta direktiv skall tillämpas på alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.

2. Utan att det påverkar de berördas personliga rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig, och i överensstämmelse med nationell lagstiftning, skall den mottagande medlemsstaten underlätta inresa och uppehåll för följande personer:

…

b) Den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande.

Den mottagande medlemsstaten skall företa en noggrann undersökning av de personliga förhållandena och motivera ett eventuellt beslut att neka dessa personer inresa till eller att uppehålla sig i den medlemsstaten.”

11. Enligt artikel 15.1 i direktivet ska ”[f]örfarandena i artiklarna 20 och 31 … på motsvarande sätt tillämpas på alla beslut som på andra grunder än allmän ordning, säkerhet eller hälsa begränsar unionsmedborgares och deras familjemedlemmars fria rörlighet.”

12. Artikel 31 i direktivet har följande lydelse:

”1. De berörda personerna skall ha tillgång till domstolsprövning och, i förekommande fall, till prövning av administrativ myndighet, i den mottagande medlemsstaten för att överklaga eller begära omprövning av beslut mot dem av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

…

3. Domstolsprövningen skall göra det möjligt att granska beslutets laglighet samt de fakta och omständigheter som ligger till grund för den föreslagna åtgärden. Den skall även garantera att beslutet inte är oproportionerligt, särskilt med hänsyn till kraven i artikel 28.

…”

B. Rättsregler i Förenade kungariket

13. Direktiv 2004/38 har införlivats genom Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 [SI 2006/1003] (nedan kallad EES-förordningen).

14. Regulation 8 i EES-förordningen innehåller bestämmelser om ”medlemmar av en utvidgad familj”:

”1. I denna förordning avses med ’medlem av en utvidgad familj’ en person som inte är familjemedlem till en medborgare i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet enligt regulation 7.1.a, b eller c och som uppfyller villkoren i punkterna 2, 3, 4 eller 5.

…

5. En person uppfyller villkoren i denna punkt om personen är partner till en medborgare i EES (av annat slag än civilrättslig partner) och kan bevisa för beslutsfattaren att han eller hon har ett varaktigt förhållande med EES-medborgaren.

6. I denna förordning förstås med ’berörd EES-medborgare’, i förhållande till en medlem av den utvidgade familjen, en EES-medborgare som är, eller vars make eller maka eller civila partner är, släkt med medlemmen av den utvidgade familjen enligt punkt 2, 3 eller 4 eller en EES-medborgare som är partner till medlemmen av den utvidgade familjen enligt punkt 5.”

15. Regulation 9, som tycks ha varit tillämplig vid den aktuella tiden, innehöll följande regler om familjemedlemmar till medborgare i Förenade kungariket:

”1) Om villkoren i punkt 2 är uppfyllda är denna förordning tillämplig på en person som är familjemedlem till en brittisk medborgare på samma sätt som om den brittiska medborgaren var EES-medborgare.

2) Villkoren är att

a) den brittiska medborgaren är bosatt i en EES-stat som anställd eller egen företagare eller var så bosatt innan han eller hon återvände till Förenade kungariket, och

b) om familjemedlemmen till den brittiska medborgaren är hans make/maka eller civila partner, parterna lever tillsammans i EES-staten eller hade ingått äktenskap eller civilt partnerskap och levde tillsammans i den staten innan den brittiska medborgaren återvände till Förenade kungariket.

…”

III. Bakgrund, förfarande och de hänskjutna frågorna

16. Rozanne Banger är medborgare i Sydafrika. Hennes partner, Philip Rado, är medborgare i Förenade kungariket. Från åren 2008 till 2010 levde de tillsammans i Sydafrika. I maj 2010 flyttade de till Nederländerna, där Philip Rado fick arbete. Rozanne Banger beviljades uppehållstillstånd av de nederländska myndigheterna som medlem av en unionsmedborgares utvidgade familj på grund av nationella bestämmelser som hade införlivat artikel 3.2 i direktiv 2004/38.

17. År 2013 beslöt paret att flytta till Förenade kungariket. Rozanne Banger fick avslag på sin begäran om uppehållstillstånd i Förenade kungariket genom beslut av Secretary of State for the Home Department (nedan kallad Secretary of State) på grund av att hon inte var gift med Philip Rado. Beslutet grundades på regulation 9 i EES-förordningen som handlar om rättigheter tillkommande familjemedlemmar till medborgare i Förenade kungariket som återvänder till den medlemsstaten efter att ha utnyttjat rättigheterna till fri rörlighet. Enligt beslutet av Secretary of State som grundade sig på denna bestämmelse måste klaganden, för att anses som familjemedlem till en brittisk medborgare, vara antingen gift med eller civil partner till en brittisk medborgare. [4]

18. Rozanne Banger angrep beslutet vid First-tier Tribunal (förstainstansdomstolen). Denna domstol ansåg att Rozanne Banger i egenskap av icke-EU-partner till en brittisk medborgare som hade utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och återvänt till den medlemsstat som var hans ursprungsstat, hade rätt till de förmåner som följde av domen i målet Singh. [5]

4 Det framgår av vad Rozanne Banger anfört att hon gifte sig med sin partner i Förenade kungariket den 27 september 2014, efter det att paret hade lämnat Nederländerna. Denna omständighet *beaktades emellertid inte* av Secretary of State, eftersom regulation 9.2 b i EES-förordningen, som gäller rättigheter för familjemedlemmar till brittiska medborgare, kräver att makar ”lever tillsammans i EES-staten eller hade gift sig … och levde tillsammans i EES-staten *innan den brittiske medborgaren återvände* till Förenade kungariket”. Min kursivering.

5 Enligt vilken, när unionsmedborgare återvänder till den medlemsstat i vilken de är medborgare efter att ha utnyttjat sin rätt till uppehåll i en annan medlemsstat, deras familjemedlemmar måste ha minst samma rättigheter som de skulle ha enligt unionsrätten i en annan medlemsstat. Dom av den 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

19. Secretary of State erhöll tillstånd att överklaga avgörandet till Upper Tribunal (överdomstol) (den hänskjutande domstolen) på grund av att First-tier Tribunal (förstainstansdomstolen) påstods ha tillämpat lagen felaktigt. Den hänskjutande domstolen understryker betydelsen av uttalandena i domen Singh [6] för det nationella förfarandet i det aktuella målet. Den framhåller att den enda skillnaden i detta fall är att Rozanne Banger och Philip Rado var ogifta, medan makarna Singh var gifta. Även om det skulle vara ”ett relativt litet steg” att tillämpa principerna från målet Singh i det nu aktuella fallet, känner den hänskjutande domstolen tvekan om den rättsliga grunden för en sådan utvidgning. Domstolen betonar också den speciella karaktären av artikel 3.2 i direktiv 2004/38: personer som omfattas av den bestämmelsen kan inte göra gällande en rätt till uppehåll. Dessutom ger bestämmelsen medlemsstaterna en tydlig rätt till skönsmässig bedömning, vilket leder till att lagstiftningen på området kan variera mellan medlemsstaterna.

20. Under dessa omständigheter beslöt Upper Tribunal (överdomstol) att vilandeförklara målet och begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende följande frågor:

”1) Leder principerna i beslutet i [Singh, C-370/90] till att en medlemsstat ska utfärda eller, alternativt, underlätta beviljandet av ett uppehållstillstånd för en ogift person som inte är unionsmedborgare men som är partner till en unionsmedborgare som, efter att ha utnyttjat sin fördragsmässiga rätt till fri rörlighet för att arbeta i en annan medlemsstat, återvänder med sin nämnda partner till den medlemsstat i vilken han är medborgare?

2) Alternativt, finns det en skyldighet att utfärda eller, alternativt, underlätta beviljandet av ett sådant uppehållstillstånd enligt [direktiv 2004/38]?

3) Är ett beslut att vägra uppehållstillstånd olagligt på grund av att det strider mot artikel 3.2 i [direktiv 2004/38], om beslutet att vägra uppehållstillstånd inte är grundat på en noggrann undersökning av sökandens personliga förhållanden och det inte stöds av adekvata och tillräckliga skäl?

4) Är en regel i nationell rätt, som hindrar överklagande till en domstol av ett beslut av myndighet att vägra utfärdande av uppehållstillstånd till en person som uppger sig vara medlem av utvidgad familj, förenlig med direktiv [2004/38]?”

21. Skriftliga yttranden har getts in av Rozanne Banger, regeringarna i Spanien, Österrike, Polen och Förenade kungariket samt av Europeiska kommissionen. Rozanne Banger, regeringarna i Spanien och Förenade kungariket samt Europeiska kommissionen yttrade sig dessutom muntligt vid förhandlingen den 17 januari 2018.

IV. Bedömning

22. Detta förslag till avgörande är uppbyggt på följande sätt. Jag kommer att behandla de första tre frågorna tillsammans eftersom de alla på ett eller annat sätt rör den rättsliga grunden för, och det rättsliga innehållet i, medlemsstaternas skyldigheter avseende inresa och uppehåll för ogifta partner till ”återvändande” unionsmedborgare (A). Sedan ska jag behandla den fjärde frågan rörande omfattningen av den domstolsprövning (*judicial review*) som krävs i fråga om ”medlemmar av en utvidgad familj” [7] som artikel 3.2 hänvisar till (B).

6 Dom av den 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

7 Begreppet ”medlemmar av utvidgad familj” omfattar båda de undergrupper som nämns i artikel 3.2 i direktiv 2004/38, nämligen ”andra familjemedlemmar” i artikel 3.2.a och ”den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt och vederbörligen bestyrkt förhållande” enligt artikel 3.2.b.

A. Frågorna 1–3: ”medlemmar av en utvidgad familj” till ”återvändande unionsmedborgare”

23. Genom sin första fråga vill den hänskjutande domstolen få svar på om principerna i domen i målet Singh [8] kräver att en medlemsstat *utfärdar* eller *underlättar* beviljandet av uppehållstillstånd för ogifta partner till ”återvändande” unionsmedborgare. Den andra frågan är om, alternativt, en sådan skyldighet att antingen utfärda, eller underlätta beviljandet av, uppehållstillstånd kan härledas direkt från direktiv 2004/38.

24. Dessa frågor har två delar. De gäller för det första den *rättsliga grunden* för de rättigheter som partner till ”återvändande” unionsmedborgare i ett varaktigt förhållande kan härleda från unionsrätten. För det andra innefattar de implicit en fråga om dessa rättigheters *innehåll*: om det finns en skyldighet att utfärda ett sådant tillstånd eller enbart att underlätta att ett tillstånd utfärdas. Den senare aspekten ställs i förgrunden i den tredje frågan. Den frågan gäller specifikt om det är rättsstridigt enligt artikel 3.2 i direktiv 2004/38 att vägra tillstånd utan en noggrann undersökning av sökandens personliga förhållanden och utan att beslutet stöds av adekvata eller tillräckliga skäl.

25. Enligt min mening är dessa delfrågor klart förbundna med varandra. Grunden bestämmer innehållet, vilket i sin tur ger en viss grad av berättigande åt beslutet. Jag anser därför att de första tre frågorna bäst behandlas tillsammans.

26. I detta avsnitt ska jag därför först granska den rättsliga grunden för de rättigheter som ogifta partner till ”återvändande” unionsmedborgare kan härleda från unionsrätten. För det ändamålet ska jag ta ställning till om en analog tillämpning av bestämmelserna i direktiv 2004/38 på unionsmedborgare som ”återvänder” till sitt medborgarskapsland så som dessa bestämmelser utvecklats i domstolens praxis även kan omfatta artikel 3.2.b i direktivet (1). För det andra ska jag uppehålla mig vid tolkningen av denna bestämmelse, som inför begreppet ”underlättande” av ogifta partner inresa och uppehåll (2). För det tredje ska jag undersöka vilken inverkan som slutsatserna i dessa frågor kan få på det nu aktuella fallet (3).

1. Återvändande medborgare

27. Direktiv 2004/38 innehåller en särskild bestämmelse – artikel 3.2.b – om situationen för personer med vilka en unionsmedborgare har ett varaktigt förhållande. Denna bestämmelse är emellertid inte i sig tillämplig på förevarande fall. Bestämmelserna i direktivet om rätt till inresa och uppehåll gäller inte fall då en unionsmedborgare eller medlemmar av hans familj åberopar dessa bestämmelser mot *den medlemsstat i vilken* unionsmedborgaren *är medborgare*. [9]

28. Detsamma borde också logiskt gälla för artikel 3.2 i direktiv 2004/38 när det gäller ”medlemmar av en utvidgad familj”.

29. Visserligen hänvisar artikel 3.2 i direktiv 2004/38, till skillnad från artikel 3.1 däri, inte uttryckligen till medlemmar av den utvidgade familjen som *följer med* unionsmedborgaren eller *ansluter sig till* honom i en annan medlemsstat, men artikel 3.2 – och detta bekräftas av skäl 6 i direktivet – hänvisar tydligt till skyldigheterna för den ”*mottagande* medlemsstaten”. Samma systematiska och teleologiska överväganden som förmådde domstolen att anse direktiv 2004/38 inte ska tillämpas på unionsmedborgares familjemedlemmar som är medborgare i tredjeland i unionsmedborgarens medborgarskapsstat, [10] är också tillämpliga i fråga om ”medlemmar av den utvidgade familjen”.

8 Dom av den 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

9 Dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 37). Se också dom av den 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 61 och följande punkter), dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkt 53), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkt 33).

10 Dom av den 12 mars 2014, O.och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkterna 39–43), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkterna 33–37).

30. Det förhållandet att artikel 3.2 i direktiv 2004/38 inte i sig är tillämplig i ett sådant fall som det nu aktuella medför emellertid inte att den bestämmelsen är helt irrelevant. I domstolens praxis har på grundval av primärrätten fastslagits att olika föreskrifter inom sekundärrätten om fri rörlighet under vissa förhållanden kan tillämpas *analogt* på situationer då unionsmedborgare återvänder till den medlemsstat i vilken de är medborgare efter att ha utövat sina rättigheter till fri rörlighet. [11]

31. Den logik som ligger bakom denna del av domstolens praxis gäller reglernas avhållande effekt. Enligt domen i målet *Singh* skulle ”[e]n medborgare i en medlemsstat … kunna avhållas från att lämna sitt ursprungsland för att utöva en verksamhet som anställd eller som egenföretagare, i fördragets mening, på territoriet i en annan medlemsstat om den personen, vid återkomsten till den medlemsstat där vederbörande är medborgare, för att utöva en verksamhet som anställd eller som egenföretagare, inte skulle kunna åtnjuta förmåner avseende inresa och uppehåll som åtminstone motsvarar dem som vederbörande har rätt till, med stöd av fördraget och sekundärrätten, på territoriet i en annan medlemsstat”. [12] Rättigheter till fri rörlighet kunde inte vara fullt effektiva om en unionsmedborgare ”kan avhållas från att utöva dem på grund av hinder i hans eller hennes ursprungsland för maken vid dennes inresa och uppehåll”. [13] I domen i målet Eind tillade domstolen att en sådan avhållande effekt också kan uppkomma ”redan i och med möjligheten att samma medborgare vid återkomsten till ursprungsstaten inte kan fortsätta att leva med sina nära anhöriga som de till följd av äktenskap eller familjeåterförening eventuellt kan ha börjat leva med i värdmedlemsstaten”. [14]

32. Det är mot denna bakgrund som domstolen kommit fram till att artikel 21.1 FEUF innebär att sekundärrättens villkor för familjemedlemmars rätt till inresa och uppehåll, särskilt när det gäller villkoren i direktiv 2004/38, är analogt tillämpliga på familjemedlemmar till ”återvändande unionsmedborgare” i förhållande till den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren är medborgare. I målet O. och B. förklarade domstolen vidare att denna praxis gäller när unionsmedborgaren har skapat eller stärkt sitt familjeliv med en tredjelandsmedborgare under faktisk bosättning i en annan medlemsstat än den i vilken han är medborgare. [15]

33. I nu förevarande fall har regeringen i Förenade kungariket hävdat att de principer som härrör från ovannämnda rättspraxis enbart gäller *rättigheterna* till inresa och uppehåll enligt direktiv 2004/38. Enligt artikel 3.1 i direktivet åtnjuts dessa rättigheter endast av familjemedlemmar som faller in under uppräkningen i artikel 2.2 i direktivet men inte av ”medlemmar av den utvidgade familjen” som behandlas i artikel 3.2. Därför skulle en analog tillämpning grundad på att vägran att utfärda uppehållstillstånd till familjemedlemmar kan ha en avhållande effekt på utövandet av unionsmedborgares rätt till fri rörlighet inte vara berättigad i detta fall som gäller en ogift partner som enligt artikel 3.2 inte är berättigad till sådan rätt till uppehåll.

34. Jag delar inte denna mening.

11 Domstolen har med stöd av olika bestämmelser i primärrätten genom analog tillämpning utsträckt tillämpningen av olika bestämmelser inom sekundärrätten till ”återvändande medborgare”. Se, med avseende på artikel 52 i EEG-fördraget och rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster (EGT L 172, 1973, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 135), och dom av den 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, punkt 25). Beträffande artikel 39 EG och rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, 1968, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33), se dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkterna 32 och 45). Artikel 21.1 FEUF har utgjort grundval för analog tillämpning av direktiv 2004/38 i dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 61).

12 Dom av den 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296, punkt 19).

13 Dom av den 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, punkt 23).

14 Dom av den 11 december 2007 (C-291/05, EU:C:2007:771, punkt 36). Se också dom av den 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:69, punkt 70), och dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 46).

15 Dom av den 12 mars 2014 (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 61).

35. För det första är det riktigt att praxis som domstolen nyligen meddelat om rätt till uppehåll för tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till ”återvändande unionsmedborgare” har gällt förhållandena för dem som är ”familjemedlemmar” enligt artikel 2 i direktiv 2004/38.[16] Jag tror inte att detta förhållande ska vändas om och tolkas som en avsikt att begränsa denna rättspraxis till enbart ”familjemedlemmar”. En lika rimlig förklaring (från min synpunkt till och med en mycket rimligare förklaring) är att dessa mål enbart hänvisade till familjemedlemmar därför att målen helt enkelt bara gällde familjemedlemmar.

36. För det andra är detta är särskilt riktigt eftersom den allmänna logiken bakom en analog tillämpning av direktivet på ”familjemedlemmar” också är fullt ut tillämplig på ”medlemmar av den utvidgade familjen”. Som kommissionen korrekt framhållit, är detta särskilt fallet med den ogifta partnern till en unionsmedborgare som har bott lagligt, i enlighet med unionsrätten, i den mottagande medlemsstaten.[17]

37. Logiken med avhållande eller avskräckande effekt byggde på premissen att unionsmedborgaren kommer att avstå från att flytta, eftersom de som är hans *nära anhöriga* kommer att hindras att följa med honom. Det måste erkännas att samhälleliga synsätt skiftar och att det finns en lång rad samlevnadsformer i dag. Därför kan den avhållande effekten i verkligheten vara större i fråga om en partner enligt artikel 3.2.b i direktiv 2004/38 än som kan vara fallet med några av de kategorier som uppräknas i artikel 2.2 däri. Jag menar absolut inte att det är så i alla fall. Jag påpekar bara att det i fråga om vem som verkligen är ”nära” en person knappast är lämpligt att bygga på generaliseringar genom uppdelning i formella kategorier.[18]

38. Det kan tilläggas att skäl 6 i direktiv 2004/38 bekräftar att ”familjens enhet i vid mening” är det ändamål som ligger bakom artikel 3.2 i direktivet.[19] Därför kan det vara lika lämpligt att stärka eller skapa sådana ”mera vidsträckta” familjeband i den mottagande medlemsstaten under den tid då unionsmedborgaren vistas där, och de kan ge anledning till samma slags överväganden om avhållande verkan.

39. Efter att ha sagt detta måste jag medge att det finns ett element i logiken kring avhållande/avskräckning som används för att rättfärdiga analog tillämpning av direktiv 2004/38 på unionsmedborgare som återvänder till sina ursprungliga medlemsländer men som inte ter sig helt övertygande. I ett nötskal kan man säga att avskräckning förutsätter kunskap. Det är ganska svårt att avskräckas från ett visst handlingssätt av något som jag inte vet att det existerar vid den tid då beslut fattas eller vars framtida existens åtminstone är ganska osäker.

40. Å ena sidan kan en sådan avhållande effekt uppkomma när en familjemedlem (eller medlem av den utvidgade familjen) redan före utflyttningen till utlandet har en erkänd status i den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren är medborgare. Rätten till fri rörlighet kan visa sig vara riskabel när en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare redan erhållit status som invandrare i unionsmedborgarens medborgarstat. Denna status kan gå förlorad om familjemedlemmen flyttar med unionsmedborgaren till en annan medlemsstat. Även om unionsrätten ger rätt till uppehåll i den

16 Till exempel talade domstolen i dom av den 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), om ”en maka och barn” (punkt 20). Domen av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), gällde barnet till en unionsmedborgare. Domen av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135) gällde gifta par.

17 Se, analogt, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 47).

18 Det kan tilläggas att en utveckling av begreppet ”familjeliv”, som innebär erkännande och beaktande av faktiska relationer, också återfinns i praxis från Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter (Europadomstolen). Om man bortser från frågan om specifika skyldigheter som följer av föreliggande familjeliv i samband med migration, har Europadomstolen allmänt förklarat att begreppet ”familj” i artikel 8 i konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)” inte är begränsat till äktenskapsbaserade förhållanden utan kan inbegripa andra faktiska ’familjeband’, där parterna lever tillsammans utan att vara gifta” i situationer då barn hade fötts utanför äktenskap. Se Europadomstolens dom av den 24 juni 2010, Schalk och Kopf mot Österrike, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 91. I § 94 bekräftade Europadomstolen vidare att samkönade ogifta par som lever i stabila faktiska partnerskap omfattades av begreppet familjeliv.

19 Ett liknande ”lättnadskrav” reglerades i artikel 10.2 i förordning nr 1612/68 och i artikel 1.2 i direktiv 73/148.

andra mottagande staten (eller i därpå följande mottagande stater), kan perspektivet att inte ha kvar sådana rättigheter efter återkomst till den ursprungliga medlemsstaten rimligen anses ha en avhållande effekt vid personlig värdering av de faktorer som kan påverka beslutet att utnyttja rätten till fri rörlighet. [20]

41. Å andra sidan finner jag det rent intellektuellt mycket svårare att tänka mig att det finns en påtaglig sådan avhållande effekt på beslutet att lämna sin egen medlemsstat för att utnyttja rätten till fri rörlighet när unionsmedborgaren ännu inte har etablerat något familjeliv. Kan man verkligen anse det rimligt att till exempel den som nyligen avlagt en universitetsexamen och som funderar på att flytta till en annan medlemsstat kommer att påverkas i sitt beslut av att han eller hon i denna medlemsstat (eller en andra eller en tredje medlemsstat) kanske kommer att möta sitt livs kärlek och senare, om kärleken består för evigt, flytta tillbaka med den personen till sitt hemland för att uppehålla sig där permanent, och att han eller hon skulle avhålla sig från att, med utnyttjande av sin rätt till fri rörlighet, flytta till en annan medlemsstat och i stället välja att stanna kvar hemma efter att på grundval av en noggrann och detaljerad genomgång av nationella immigrationsregler i hemlandet, vilka kanske kommer att fortsätta att gälla i en nära eller avlägsen framtid, ha kommit till insikt om att den andra personen inte skulle få uppehållstillstånd där?

42. Om vi bortser från situationer då möjligheten att finna sitt livs kärlek i utlandet *är* drivkraften för att utöva sina rättigheter till fri rörlighet, utgör sådana händelsers avlägsna och hypotetiska karaktär och deras (o)sannolikhet som verklig grundval för en normal persons livsavgörande val kanske inte en verkligt solid grund för analog tillämpning (i betydelsen av effektiv utvidgning av tillämpligheten utan stöd i klara ordalag) av direktiv 2004/38 på återvändande unionsmedborgare.

43. Jag förordar därför att domstolen fäster större vikt vid en alternativ grund för analogisk tillämpning av villkoren i direktiv 2004/38 på ”återvändande” unionsmedborgare och medlemmar av deras (utvidgade) familjer. Denna grund är inte nödvändigtvis att man sannolikt i förväg avhålls från att flytta, utan snarare att man i efterhand inte ska straffas för att man har flyttat. [21]

44. I sin praxis har domstolen redan i samband med förbudet mot diskriminering erkänt att utövande av rätten till fri rörlighet inte ska *i efterhand medföra nackdelar* för unionsmedborgare. [22] Enligt min uppfattning uppkommer en sådan nackdel i fall då, fastän ”återvändande” medborgare blir föremål för samma regleringar som de medborgare som aldrig utnyttjat rätten till fri rörlighet, nationella regler inte erkänner familjeband som skapats eller stärkts i en annan medlemsstat. [23]

45. Situationer som objektivt sett skiljer sig från varandra kan och ska inte behandlas på samma sätt. Annars uppkommer en fara (i det fallet varken avlägsen eller hypotetisk) för att fri rörlighet resulterar i utfärdande av en enkelbiljett. Det skulle leda till att utflyttning blev permanent, vilket inte passar väl ihop med rätten att flytta och bo *fritt inom Europeiska unionen*. [24]

46. Sammanfattningsvis är de överväganden som föranledde domstolen att analogiskt tillämpa familjemedlemmars rättigheter till inresa och uppehåll enligt artikel 2.2 i direktiv 2004/38 på unionsmedborgare som återvänder till sina ursprungsstater, låt vara kanske med någon förfining, på samma sätt tillämpliga på ”medlemmar av den utvidgade familjen” enligt artikel 3.2 i direktivet.

20 Förslag till avgörande av generaladvokaten Tesauro i målet Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, punkt 8).

21 En sådan grund förutsågs redan i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i målet Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, punkterna 7 och 8).

22 Se till exempel dom av den 11 juli 2002, D’Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432, punkt 31), dom av den 29 april 2004, Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273, punkt 19), av dom den 18 juli 2006, De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491, punkt 39), eller dom av den 11 september 2007, Schwarz och Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, punkt 88).

23 Fri rörlighet skapar i verkligheten situationer som skiljer sig från dem som uppkommer för ”statiska medborgare” och som inte får behandlas på samma sätt. Se i detta hänseende dom av den 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, punkt 31 och följande punkter).

24 Se i detta hänseende förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet O m.fl. (C-456/12 och C-457/12, EU:C:2013:837, punkt 89).

47. Följaktligen måste slutsatsen, i överensstämmelse med vad som gjorts gällande av den spanska, den österrikiska och den polska regeringen samt av kommissionen, bli att en tredjelandsmedborgare, som är partner till en unionsmedborgare i ett varaktigt förhållande, som har använt sig av sin rätt till fri rörlighet, inte får, sedan unionsmedborgaren återvänt till sitt ursprungliga hemland, åtnjuta mindre förmånlig behandling än den som direktivet föreskriver för medlemmar av en utvidgad familj till en unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet i andra medlemsstater.

2. Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 angående ”underlättande” av inresa och uppehåll för ”medlemmar av den utvidgade familjen”

48. I sin första och sin andra fråga begär den hänskjutande domstolen besked från EU-domstolen om unionsrätten kräver av medlemsstaterna att de *utfärdar* ett uppehållstillstånd för en ogift partner till en återvändande unionsmedborgare eller, alternativt, *underlättar* för en sådan partner att erhålla ett sådant tillstånd.

49. Som kommissionen och alla de regeringar som yttrat sig till domstolen korrekt framhållit, innebär en analog tillämpning av principerna från domen i målet Singh [25] att ogifta partner till ”återvändande EU-medborgare” ska omfattas av den *lättnadsordning* som behandlas i artikel 3.2 i direktiv 2004/38.

50. Rozanne Banger motsäger inte detta, i vart fall inte direkt. Hennes argument är mer nyanserat: fastän hon föll inom det område där det fanns en skyldighet att underlätta enligt artikel 3.2 i direktivet, åberopar hon att vägran att utfärda uppehållstillstånd till henne inte grundades på en noggrann undersökning av hennes personliga förhållanden och att den inte försågs med en adekvat eller tillräcklig motivering, så som krävdes enligt den bestämmelsen.

51. Domstolen har redan i *Rahman* [26] klarlagt innebörden av den specifika ”lättnadsordningen” i artikel 3.2 i direktivet som är tillämplig på medlemmar av den utvidgade familjen. I *Rahman* betonas tre dimensioner av denna ordning: frånvaron av en automatisk rätt till inresa och uppehåll (i); skyldigheten att i nationell rätt införa en lättnadsordning inom vilken medlemsstaterna har rätt att göra en viss skönsmässig bedömning (ii); och det förhållandet att den skönsmässiga bedömningen inte är obegränsad (iii).

52. För det första ger artikel 3.2 i direktiv 2004/38 inte medlemmar av den utvidgade familjen en *rätt* till inresa eller uppehåll. Det finns en skillnad mellan familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 i direktivet, som har rätt till inresa och uppehåll, och dem som anges i artikel 3.2, vilkas inresa och uppehåll endast ska ”underlättas”. [27] Det innebär att direktiv 2004/38 inte förpliktar medlemsstaterna att bevilja varje ansökan om inresa eller uppehåll enligt artikel 3.2. [28] Dessutom, och till skillnad från de rättigheter som unionsmedborgare och medlemmar av deras familjer ska åtnjuta, är artikel 3.2 ”inte … så preciserad att en person som ansöker om tillstånd att resa in i eller uppehålla sig i ett land kan åberopa denna bestämmelse direkt för att göra gällande *bedömningskriterier* som enligt honom eller henne ska tillämpas på ansökan”. [29]

25 Dom av den 7 juli 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

26 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519).

27 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 19).

28 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 18). Se också förslag till avgörande av generaladvokaten Watheley i målet Coman m.fl. (C-673/16, EU:C:2018:2, punkterna 94–96).

29 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 25). Min kursivering.

53. För det andra har det materiella innehållet i skyldigheten att underlätta som behandlas i artikel 3.2 i direktiv 2004/38, till skillnad från rätten till uppehåll, definierats som medlemsstaternas skyldighet att säkerställa att deras lagstiftning innehåller kriterier som gör det möjligt för medlemmar av den utvidgade familjen att erhålla ett beslut över deras ansökan om uppehållstillstånd. Detta beslut ska grundas på en noggrann undersökning av deras personliga förhållanden och, om ansökan avslås, motiveras med skäl. [30]

54. I skäl 4 i direktiv 2004/38 har bekräftats att situationen för ”medlemmar av den utvidgade familjen” ska utredas av den mottagande medlemsstaten ”*på grundval av dess egen nationella lagstiftning*, för att bestämma om inresa och uppehåll *kan beviljas* sådana personer”. Detta betyder att medlemsstaterna, i avsaknad av specifikare bestämmelser i direktivet och med stöd av orden ”på grundval av dess egen nationella lagstiftning”, har en vidsträckt skönsmässig rätt att själva *välja de faktorer* som ska beaktas vid tillämpningen av deras förpliktelser enligt artikel 3.2. [31] I denna skönsmässiga prövning ingår nödvändigtvis en möjlighet för medlemsstaterna att själva definiera de *specifika* villkoren och kriterierna för tillämpning av denna bestämmelse i deras nationella lagstiftning och de faktorer som ska beaktas.

55. Det är också klart att denna skönsmässiga prövningsrätt med nödvändighet innebär att villkor, kriterier och faktorer kan *skilja sig åt* från en medlemsstat till en annan, eftersom medlemsstaterna kan uppfylla sina skyldigheter att införliva denna bestämmelse på olika sätt. [32]

56. För det tredje är den skönsmässiga prövningsrätten enligt artikel 3.2 i direktiv 2004/38 inte obegränsad. Bestämmelsen anger de specifika gränserna för det spelrum som medlemsstaterna har: de relevanta nationella reglerna ska motsvara begreppet ”underlättande” och uppfylla kraven på noggrann undersökning av personliga förhållanden och på motivering om en ansökan avslås.

57. Den första gränsen framgår av bestämmelsens ordalydelse och av begreppet ”underlättande”. Orden ”skall underlätta” visar att artikel 3.2 ålägger medlemsstaterna ”en skyldighet att [ge en särskild förmån], jämfört med ansökningar om inresa och uppehåll från andra tredjelandsmedborgare”. [33] Därför måste ”den mottagande medlemsstaten … se till att dess lagstiftning innehåller kriterier som är förenliga med den gängse meningen av ordet ’underlätta’ …”. [34] Inom ramen för skyldigheten att underlätta har domstolen erinrat om att de nationella bestämmelser som antas inte får beröva artikel 3.2 dess ändamålsenliga verkan. [35]

58. Enkelt uttryckt finns det ganska stort utrymme för medlemsstaterna, när det gäller både de materiella kriterierna och de processuella villkoren för att ”underlätta”. Ändå är minimikravet att ”medlemmar av den utvidgade familjen” måste behandlas bättre än den *allmänna* kategorin tredjelandsmedborgare. [36]

30 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 22).

31 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 24).

32 Se i detta hänseende förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:174, punkt 64).

33 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 21).

34 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 24).

35 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 24).

36 Det måste dock givetvis hållas i minnet att vissa tredjelandsmedborgare (icke-familjemedlemmar till unionsmedborgare) kan ha *rätt* till inresa och uppehåll, exempelvis på grund av rätten till familjeliv. Se rådets direktiv 2003/86/EC av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (EUT L 251, 2003, s. 12). Hänvisningen i dom av den 5 september 2012, *Rahman m.fl.* (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 21) ska därför förstås så, att den syftar på den *allmänna* kategorin av tredjelandsmedborgare som *inte har* några sådana rättigheter till inresa och uppehåll. Se om denna diskussion Guild, E., Peers, S., och Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 74, fotnot 203.

59. Den andra gränsen härrör från sista meningen i artikel 3.2 i direktiv 2004/38. Denna bestämmelse ålägger medlemsstaterna en dubbel förpliktelse: att genomföra ”en noggrann undersökning av de personliga förhållandena” och att ”motivera ett beslut att neka dessa personer inresa till eller att uppehålla sig i den medlemsstaten”. Därför måste medlemsstaterna göra det möjligt ”att få ett beslut om deras tillämpning som grundas på en noggrann undersökning av deras personliga förhållanden och som, i händelse av avslag, åtföljs av en motivering”.[37] Den omfattande undersökningen innebär, enligt skäl 6, att olika relevanta faktorer ska beaktas, såsom förhållandet med unionsmedborgaren eller alla andra omständigheter såsom ekonomiskt eller fysiskt beroende av unionsmedborgaren.[38]

60. Som en konsekvens följer av ordalydelsen i artikel 3.2 i direktiv 2004/38, såsom den tolkats av domstolen i domen i målet Rahman och beskrivits i detta avsnitt, att bestämmelsen inte medför någon automatisk uppehållsrätt. Därför kan en analog tillämpning av bestämmelsen på situationer i vilka en medlem av den utvidgade familjen åtföljer en ”återvändande unionsmedborgare” tillbaka till hans ursprungsland inte heller leda till automatisk uppehållsrätt. Den analoga tillämpligheten av artikel 3.2 i direktivet kan endast leda så långt som artikel 3.2 själv kunde ha nått, om den varit tillämplig i sig, men inte längre. I domstolens praxis har redan bekräftats att ”analog tillämpning” av sekundärrätten om fri rörlighet på familjemedlemmar till ”återvändande” unionsmedborgare inte utgör ett automatiskt erkännande av uppehållsrätt i den andra medlemsstaten: analog tillämpning av sekundärrättens bestämmelser förblir beroende av de villkor som gäller i denna rätt.[39]

3. Det aktuella fallet

61. I det aktuella fallet kan grunden i primärrätten för en analog tillämpning av de relevanta bestämmelserna i direktiv 2004/38 utgöras av artikel 45 FEUF (om, som det förefaller, den hänskjutande domstolen bekräftar att Philip Rado utövade sin rätt till fri rörlighet som arbetstagare i Nederländerna) eller, alternativt, i artikel 21.1 FEUF.

62. Enligt denna analoga tillämpning har en ogift partner, med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt förhållande och med vilken unionsmedborgaren har skapat eller stärkt familjeband i en annan medlemsstat under utövande av hans rätt till fri rörlighet, rätt att få sin ansökan prövad enligt kraven i artikel 3.2 i direktiv 2004/38, efter det att unionsmedborgaren återvänt till den medlemsstat som var hans ursprungsland.

63. I detta fall tycks Rozanne Banger ha fått uppehållstillstånd i Nederländerna på grundval av artikel 3.2 i direktiv 2004/38. Hon levde tillsammans med Philip Rado som medlem av hans utvidgade familj, medan Philip Rado utnyttjade sin uppehållsrätt i denna medlemsstat. Detta tycks ha gjort det möjligt för dem att åtnjuta och stärka sitt familjeliv.

64. Under dessa förhållanden har Rozanne Banger rätt enligt en tolkning av FEUF (artikel 21.1 eller artikel 45 FEUF) tillsammans med artikel 3.2 i direktiv 2004/38 till en noggrann undersökning av sin ansökan och till en motivering till en eventuell vägran att tillerkänna henne rätt till inresa eller uppehåll på grund av resultaten av denna undersökning. Undersökningen ska särskilt gälla hennes specifika personliga omständigheter, inklusive hennes förhållande med unionsmedborgaren.

37 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 22).

38 Se också dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 23).

39 Dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkt 39). Se också förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Eind (C-291/05, EU:C:2007:407, punkterna 38 och 39).

65. Av de upplysningar som lämnats i begäran om förhandsavgörande och av vad som anförts vid domstolen framgår att det enda skälet till att hennes ansökan om uppehållstillstånd avslogs var att hon inte var gift med Philip Rado vid den tid då hennes ansökan gjordes. Om det förhåller sig så, är det otillräckligt för att uppfylla kravet på en motivering grundad på en noggrann undersökning av de personliga förhållandena för medlemmar av den utvidgade familjen enligt artikel 3.2b avseende personer som *inte är gifta* men som lever i ett varaktigt förhållande med en unionsmedborgare.

66. Det är rimligt att tolka formuleringen ”noggrann undersökning av de personliga förhållandena” så, att den inbegriper fastställande av arten av förhållande med den återvändande unionsmedborgaren. Detta skulle då logiskt innebära att man som bevisning tog hänsyn till att ett varaktigt förhållande redan hade erkänts och vederbörligen bestyrkts, vilket visades av att uppehållstillstånd beviljats av en annan medlemsstat.

67. Jag vill framhålla att denna omständighet inte i och för sig nödvändigtvis behöver leda till beviljande av uppehållsrätt i den medlemsstat som är unionsmedborgarens ursprungsland (liksom inte heller i någon annan medlemsstat till vilken paret kan besluta att flytta). Jag upprepar att, som (av just detta skäl ganska utförligt) har diskuterats i allmänna ordalag i föregående avsnitt, skyldigheten att *underlätta* inte är liktydig med skyldighet att automatiskt *bevilja*. Eftersom medlemsstaterna inom vissa gränser har rätt att bestämma sina egna specifika kriterier på detta område, blir den logiska konsekvensen att det varken finns en ”skyldighet till ömsesidigt erkännande” av uppehållstillstånd som beviljats av andra medlemsstater eller en skyldighet att ge samma behandling som – eller bättre behandling än – i den föregående mottagande medlemsstaten (eller i tidigare mottagande medlemsstater).

68. Enligt min mening ska inte argumenten om avhållande eller avskräckande i förväg eller om bestraffning i efterhand utsträckas så långt att de i verkligheten betyder att varje följande medlemsstat till vilken en unionsmedborgare beslutar att flytta ska ge samma behandling som – eller bättre behandling än – föregående medlemsstat eller medlemsstater. Detta skulle i själva verket gå mycket längre än en analog tillämpning eller tillämpning av begreppet underlättande.

4. Slutsats i denna del

69. Följaktligen föreslår jag att den hänskjutande domstolens första tre frågor besvaras på följande sätt:

– Artiklarna 21.1 och 45 FEUF ska tolkas så, att de innebär att när en unionsmedborgare har skapat eller stärkt ett familjeliv under utövande av uppehållsrätt i en annan medlemsstat så är den underlättandeordning som behandlas i artikel 3.2 i direktiv 2004/38 analogt tillämplig på den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt förhållande efter det att unionsmedborgaren återvänt till sin ursprungliga medlemsstat. Som en följd härav ska denna medlemsstat, på sätt som anges i artikel 3.2 i direktivet och i överensstämmelse med sin nationella lagstiftning, underlätta inresa och uppehåll för den partner med vilken unionsmedborgaren har ett vederbörligen bestyrkt varaktigt förhållande.

– När en unionsmedborgare återvänder till sin ursprungliga medlemsstat efter att ha utövat sina rättigheter till uppehåll i en annan medlemsstat där han har skapat eller stärkt ett familjeliv med en partner med vilken han har ett vederbörligen bestyrkt varaktigt förhållande, krävs enligt artikel 21.1 och artikel 45 FEUF att unionsmedborgarens ursprungliga medlemsstat, när den beslutar om partnerns inresa och uppehåll, gör en omfattande undersökning av deras personliga förhållanden och lämnar en motivering till varje vägran att tillåta inresa eller uppehåll enligt artikel 3.2 i direktiv 2004/38.

B. Fråga 4: rätt till ett effektivt rättsmedel

70. Genom sin fjärde fråga söker den hänskjutande domstolen få svar på om en regel i nationell lag, som hindrar överklagande till domstol mot ett myndighetsbeslut som innefattar vägran att ge uppehållstillstånd till en person som uppger sig tillhöra en unionsmedborgares utvidgade familj, är förenlig med direktiv 2004/38.

71. Beslutet om hänskjutande synes visa att frågan har sin grund i att en på annat sätt samansatt avdelning vid Upper Tribunal (överdomstol) beslöt att en sökande som förvägrats uppehållstillstånd som ”medlem av utvidgad familj” inte har rätt att överklaga beslutet till behörig domstol enligt regulation 26 i EES-immigrationsförordningen (EEA Immigration Regulations).[40] Skälet var att det beslut som fattades av Secretary of State om att inom ramen för hennes skönsmässiga prövning inte bevilja uppehållstillstånd till en medlem av en utvidgad familj inte ansågs vara ett beslut om ”en persons rätt att erhålla … ett uppehållstillstånd”.[41] Den hänskjutande domstolen förklarar att om detta var ett riktigt avgörande, skulle *Sala*-domen innebära att sökanden inte skulle ha rätt att fullfölja sitt överklagande i förfarandet vid nationell domstol. *Judicial review* (en form av rättsprövning) skulle då vara det enda tillgängliga potentiella rättsmedlet.[42]

72. Av de berörda parternas yttranden till EU-domstolen (beslutet om hänskjutande är mycket koncist i detta hänseende) framgår att det allmänna systemet enligt lagen i England och Wales för att angripa förvaltningsmyndigheters beslut är systemet med judicial review. På specifika områden eller i särskilda sammanhang har emellertid en rätt till överklagande införts genom lagstiftning.[43] Det senare gäller också för rättigheter som tillkommer unionsmedborgares familjemedlemmar. Som regeringen i Förenade kungariket har klargjort, har enligt engelsk och walesisk rätt ”familjemedlemmar” som omfattas av artikel 2.2 i direktiv 2004/38 rätt att överklaga beslut till First-tier Tribunal (förstainstansdomstolen) (och sedan till Upper Tribunal (överdomstol)). Emellertid har personer som omfattas av artikel 3.2 i direktivet i enlighet med *Sala*-domen inte tillgång till systemet med överklagande. De har rätt att angripa ett beslut varigenom de vägras uppehållstillstånd genom att begära en judicial review i High Court of England and Wales (Administrative Court).

73. Den hänskjutande domstolens fjärde fråga måste bedömas i detta rättsliga sammanhang som är speciellt för England och Wales. I ett sådant perspektiv är huvudproblemet bakom den hänskjutande domstolens fjärde fråga inte om det *helt och hållet* saknas domstolsskydd för medlemmar av den utvidgade familjen, utan snarare om systemet med judicial review uppfyller unionsrättens krav eller om det krävs tillgång till ett system med överklagande.

74. Regeringen i Förenade kungariket och Rozanne Banger har olika uppfattningar i denna fråga.

75. Rozanne Banger hävdar att rättsmedlet judicial review inte kan anses som ett effektivt rättsmedel enligt kraven i direktiv 2004/38 och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Judicial review är enligt hennes mening inte tillräckligt för att få överprövning av ett beslut som innebär att uppehållstillstånd vägras. Detta rättsmedel gäller inte beslutet som sådant utan endast förfarandet vid beslutsfattandet. Rozanne Banger förklarade vid förhandlingen skillnaderna mellan överklagandesystemet och systemet med judicial review såvitt avsåg

40 Sala (EFM’s: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC).

41 Sala (EFM’s: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), punkt 84.

42 Sala (EFM’s: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC) anger uttryckligen, i punkt 23, att EU-domstolen ”i målet Rahman … klargjorde att ett fullständigt överklagande i sak inte krävdes enligt medborgardirektivet; enbart rättsprövning (*judicial review*) för att försäkra sig om att beslutsfattaren har ’hållit sig inom gränserna för den skönsmässiga prövningen enligt direktiv @004/38]’”. Det förefaller som om Court of Appeal gjorde en annan rättslig bedömning i den nyligen meddelade domen av den 9 november 2017 i *Khan mot Secretary of State for the Home Department & Anor* [2017] EWCA Civ 1755. Vid förhandlingen framhöll emellertid Förenade kungarikets regering att den domen inte hade någon betydelse för förevarande mål, eftersom beslutet rörde tolkningen av nationell lag som inte längre är i kraft.

43 Se allmänt till exempel Sir Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5 uppl., Sweet & Maxwell, 2015, eller Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., och Fenwick, H., *Judicial Review*, 5 uppl. LexisNexis, Förenade kungariket, 2014.

villkoren för att använda sig av systemen, kostnaderna, prövningens omfattning och vad som kan uppnås genom de båda rättsmedlen. Hon hävdade att en begäran om judicial review endast avser frågan om ett beslut är lagligt och att grunderna för judicial review är begränsade. Enligt hennes uppfattning kan judicial review i förevarande fall, för att leda till framgång, endast grundas på att beslutet är orimligt, vilket medför att omfattningen av prövningen begränsas och att prövningen inte omfattar faktiska omständigheter.

76. Regeringen i Förenade kungariket gör däremot gällande att systemet med judicial review fullt ut motsvarar unionsrättens krav. Unionsrätten kräver inte att medlemsstaterna ska tillhandahålla lagregler om en speciell rätt till överklagande. Inte heller kräver den att staterna ska möjliggöra full överprövning i sak som kan leda till att en domstol ersätter den ursprungliga beslutsfattarens bedömning med sin egen. Vid förhandlingen instämde regeringen med kommissionens uppfattning att unionsrätten kräver fullständig prövning av beslutet, inklusive granskning av sakomständigheter och proportionalitet.[44] Regeringen menade att *judicial review* helt når upp till en sådan standard, eftersom den möjliggör granskning inte endast av den rättsliga grunden för beslutet utan också av faktiska fel och proportionalitet.[45]

77. Jag har ganska detaljerat uppehållit mig vid en beskrivning av bakgrunden till den hänskjutande domstolens fjärde fråga och de berörda parternas inställning och jag har gjort detta av ett särskilt skäl, nämligen för att visa varför jag inte tror att domstolen ska besvara frågan så som den är ställd. Det finns tre huvudsakliga skäl till detta.

78. För det första är det inte EU-domstolens uppgift att granska olika aspekter av nationella system för domstolsprövning.[46] Detta skulle kräva en detaljerad undersökning och värdering av nationell rätt, vilket är en uppgift för nationella domstolar.

79. För det andra är det ännu mindre en uppgift för EU-domstolen att utföra en sådan undersökning avseende ett ganska komplext rättsområde under utveckling, vilket är fallet med *judicial review* i engelsk rätt,[47] och att sedan i realiteten bli anmodad att medla mellan olika nationella aktörer som kanske inte själva är ense om vilka standarder som gäller för närvarande.

80. För det tredje är förfarandet rörande ett förhandsavgörande alltid knutet till en specifik materiell tvist som är anhängig vid en nationell domstol. Inom ett sådant ramverk kan en *konkret* nationell lagbestämmelse av processuell eller materiell karaktär *indirekt* komma att granskas. EU-domstolen kan däremot inte avge abstrakta rådgivande yttranden om (o)lämpligheten av hela rättsområden eller system för domstolsprövning i allmänhet,[48] vilket, för att utföras, skulle förutsätta diskussioner om många företeelser, exempelvis talerätt, kostnader, tidsfrister, prövningens omfattning, möjlig gottgörelse och möjligheter till överklagande.

44 Regeringen i Förenade kungariket hänför sig i detta sammanhang till dom av den 3 september 2008, Kadiochd Al Barakaat International Foundation/rådet och kommissionen (C-402/05 P och C-415/05 P, EU:C:2008:461), och dom av den 8 december 2011, KME Germany m.fl./kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

45 Regeringen i Förenade kungariket hänförde sig i detta hänseende särskilt till en dom av Court of Appeal of England and Wales i T-Mobile (UK) Ltd mot Office of Communications [2009] 1 WLR 1565, och till en dom av Supreme Court i R (på ansökan av Kiarie) mot Secretary of State for the Home Department och R (på ansökan av Byndloss) mot Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 42.

46 Se, i en liknande fråga, förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i de förenade målen Shingara och Radiom (C-65/95 och C-111/95, EU:C:1996:451, punkt 60).

47 Såsom noterats av generaladvokaten Sharpston i hennes förslag till avgörande i målet East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, punkt 84).

48 Om en liknande, nyligen uppkommen situation avseende frågan om anvisande av allmänna domstolar i stället för förvaltningsdomstolar som behöriga vid verkställighet av skulder till Europeiska unionen är förenligt med effektivitetsprincipen, se mitt förslag till avgörande i målet Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385, punkterna 28 och 60–63).

81. Vad EU-domstolen kan tillhandahålla, och i en anda av samarbete kanske bör tillhandahålla, för att bistå den nationella domstolen med avseende på de problem som aktualiserats genom den fjärde frågan är emellertid klargöranden av skyldigheter och krav enligt unionsrätten i fråga om ett effektivt rättsmedel i samband med analog tillämpning av artikel 3.2 i direktiv 2004/38.[49]

82. I sådant syfte ska jag i detta avsnitt först utreda de processuella garantier som framgår av direktivet (1) och sedan övergå till de allmänna kraven som bygger på artikel 47 i stadgan (och på principerna om effektivitet och likvärdighet) (2). Slutligen ska jag behandla vad som följer av den grundläggande rätten till ett effektivt rättsmedel i det speciella sammanhanget med artikel 3.2 i direktivet (3).

1. Domstolsprövning enligt artikel 15 och artikel 31 i direktiv 2004/38

83. Direktiv 2004/38 innehåller specifika bestämmelser om domstolsprövning avseende rättigheter till fri rörlighet. Relevanta bestämmelser i detta fall är de som ingår i artikel 15 och artikel 31. Dessa bestämmelser har sina historiska föregångare i de processuella garantierna i direktiv 64/221/EEG, som uttryckligen tillät begränsning av domstolsskyddet till judicial protection, inklusive begränsning av överklaganden till frågor om besluts rättsliga giltighet.[50] Till sist ersattes dessa mycket omdiskuterade begränsningar[51] av direktiv 2004/38. Detta direktiv erkänner uttryckligen en rätt till domstolsprövning av såväl rättsfrågor som sakfrågor både i beslut som fattats för att skydda allmän ordning och allmän säkerhet och beslut om andra inskränkningar i rättigheterna till fri rörlighet och bosättning.

84. I punkterna 23–47 i detta förslag till avgörande föreslog jag att ordningen med underlättande i artikel 3.2 i direktiv 2004/38 skulle tillämpas analogt på medlemmar av utvidgade familjer till återvändande unionsmedborgare. Det har också gjorts gällande att analog tillämpning betyder just detta: tillämpning av direktivets innehåll men inte tillskapande av nya rättigheter.

85. Det speciella problem som en sådan ”hänvisning” tillbaka till direktivet aktualiserar i detta fall är att artikel 3.2 i direktivet inte anger de specifika processuella garantier som ska gälla vid tillämpning av denna bestämmelse. Det är därför inte helt klart vilka domstolsgarantier som skulle gälla om artikel 3.2 i sig var tillämplig på medlemmar av den utvidgade familjen i en mottagande medlemsstat.

86. Den avgörande frågan blir då vilka personer som omfattas av artikel 15 i direktiv 2004/38. Enligt kommissionen och regeringen i Förenade kungariket är artikel 15 i direktivet i allmänhet inte tillämplig på situationer som omfattas av artikel 3.2 i direktivet. Skälet är att artikel 15 i direktivet endast nämner unionsmedborgare och deras ”familjemedlemmar”. Det senare begreppet, som rättsligt definieras i artikel 2.2 i direktivet, inbegriper inte medlemmar av den utvidgade familjen.

49 Än en gång i likhet med generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, punkt 84).

50 Rådets direktiv av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT L 56, 1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28), särskilt dess artikel 9.

51 Det hävdades att dessa begränsningar inte överensstämde med principen om effektiv domstolsprövning. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i de förenade målen Shingara och Radiom (C-65/95 och C-111/95, EU:C:1996:451, punkt 70 och följande punkter). Se, rörande tolkningen av de relevanta bestämmelserna, dom av den 25 juli 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), och dom av den 2 juni 2005, Dörr och Ünal (C-136/03, EU:C:2005:340).

87. Jag accepterar relevansen av detta på ordalydelsen grundade argument. Den naturliga slutsats som normalt skulle följa på detta uttalande försvagas dock något av den systematiska omständigheten att begreppet ”familjemedlemmar” inte tycks ha använts på ett konsekvent sätt i de följande bestämmelserna i direktiv 2004/38. [52]

88. Det finns emellertid ett riktigt starkt argument för ett mer vidsträckt tillämpningsområde för artikel 15 i direktiv 2004/38. Denna bestämmelse anger att processuella garantier skall gälla ”alla beslut som … begränsar unionsmedborgares och deras familjemedlemmars fria rörlighet”. Fastän det kunde sägas att medlemmar av den utvidgade familjen inte omfattas av begreppet familjemedlemmar i denna bestämmelse, skulle vägran att utfärda ett uppehållstillstånd till dessa personer faktiskt kunna ganska enkelt klassificeras som en ”begränsning” av *unionsmedborgarens* egen rätt till fri rörlighet, som klart är omfattad.

89. Kanske är detta inte något som kvalificerar till ett ”humanistiskt rättspraxispris”, men domstolen har sedan länge ansett att den härledda uppehållsrätten för familjemedlemmar till unionsmedborgare *bidrar till* att rätten till fri rörlighet säkerställs för unionsmedborgarna själva. [53] Som utvecklats vidare i punkterna 36–38 i detta förslag till avgörande är ordningen för underlättande i artikel 3.2 i direktivet ett svar på samma dynamik som syftar till att stärka unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet. Inom ramen för ett sådant synsätt avseende indirekta begränsningar och hinder, förefaller det mig vara ett kort steg till att anse vägran att låta en medlem av den utvidgade familjen ansluta sig till den återvändande unionsmedborgaren vara ett beslut som effektivt ”begränsar den fria rörligheten för en unionsmedborgare”.

90. Hur det än förhåller sig med detta, är de praktiska följderna av tillämpligheten av artikel 15 i direktiv 2004/38 ganska begränsade i det aktuella fallet. Som jag kommer att framhålla i följande avsnitt i detta förslag till avgörande, har de som ger in ansökningar enligt artikel 3.2 i direktivet i vart fall rätt till de från artikel 47 i stadgan härledda processuella garantierna, som återspeglar den allmänna principen i unionsrätten om effektivt domstolsskydd.

2. Effektivt domstolsskydd enligt artikel 47 i stadgan

91. Ända sedan domen i målet Heylens [54] har det varit klart att principen om effektivt domstolsskydd kräver att det, även om det saknas specifika sekundärrättsliga bestämmelser om förfarandegarantier, måste finnas ett rättsmedel vid domstol mot alla beslut av nationella myndigheter som vägrar erkännande av rättigheter enligt unionsrätten. Denna skyldighet följer också av artikel 4.3 FEU och artikel 19.1 FEUF. [55]

92. Ett sådant rättsmedel vid domstol måste vara tillgängligt inte endast i fall då det finns en rätt till inresa enligt unionsrätten. Nyligen har domstolen bekräftat behovet av att garantera omprövning i domstol enligt artikel 47 i stadgan och effektivitetsprincipen i domen i målet El Hassani, ett fall som rörde vägran att utfärda ett Schengen-visum. Detta är ett område där de nationella myndigheterna har

52 De personer som omfattas av artikel 3.2 i direktiv 2004/38 ingår faktiskt i begreppet ”familjemedlemmar” i andra bestämmelser i direktivet. Exempelvis hänvisas i artikel 10.2, som gäller utfärdande av uppehållstillstånd till familjemedlemmar, under leden e och f, till dokument som medlemsstaterna ska kräva för personer som omfattas av artikel 3.2; artikel 7.4 gör undantag från de allmänna kraven för uppehållsrätt i fråga om familjemedlemmar i uppstigande led för studenter och hänvisar tillbaka till bestämmelsen i artikel 3.2 (utan att antyda att dessa personer inte längre skulle anses som ”familjemedlemmar” när det gällde tillämpligheten på dem av de processuella garantierna); artikel 8.5 hänvisar till de handlingar som ska framläggas för utfärdande av bevis om registrering till ”familjemedlemmar”, inklusive enligt leden e och f personer som omfattas av artikel 3.2. När det gäller den skiftande användningen av begreppet ”familjemedlemmar” i samband med artikel 3.2, se Guild, E., Peers, S., och Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 80.

53 Se, till exempel, dom av den 12 mars 2014, S. och G. (C-457/12, EU:C:2014:136, punkt 41 och där anförd praxis), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkterna 32, 47 och 48 och där anförd praxis).

54 Dom av den 15 oktober 1987, Heylens m.fl. (222/86, EU:C:1987:442, punkt 14). Se också, till exempel, dom av den 3 december 1992, Oleificio Borelli/kommissionen (C-97/91, EU:C:1992:491, punkterna 14 och 15), eller dom av den 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punkterna 46 och 47).

55 Dom av den 14 september 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, punkt 47).

stor skönsmässig frihet i fråga om tillämpliga villkor och bedömning av faktiska omständigheter.[56] Dessutom finns det enligt min mening *ingen rätt* att beviljas visum. Det förhållandet att lagen inte ger någon materiell rätt till ett visst resultat betyder dock inte att sökanden inte har rätt att få sin ansökan behandlad på ett rättvist och korrekt sätt och, om det behövs, i det hänseendet också en rätt till domstolsprövning.[57]

93. Det är därför ostridigt att en rätt till *domstols*prövning i detta fall, även om artikel 15 i direktiv 2004/38 inte skulle vara tillämplig på de personer som omfattas av artikel 3.2 i samma direktiv, kan härledas från artikel 3.2 i direktivet och artikel 47 i stadgan sammantagna. Ingen av de berörda parter som ingett yttranden har hävdat att domstolsprövning inte skulle vara regel i fall då uppehållstillstånd vägrades medlemmar av utvidgade familjer. Den omstridda frågan gäller snarare omfånget och intensiteten av den domstolsprövning som krävs.

94. Om artikel 15 i direktiv 2004/38 inte är tillämplig i fråga om artikel 3.2 i direktivet, skulle detta innebära att det inte finns några specifika regler som bestämmer omfånget av domstolsprövningen. Det är fast rättspraxis att dessa element, om det saknas sådana speciella krav, måste bestämmas med ledning av systemet för domstolsorganisationen i varje medlemsstat.[58] Denna processuella autonomi i medlemsstaterna har emellertid två gränser: principerna om likvärdighet och effektivitet.[59]

95. Dessutom är det också ostridigt att förevarande fall gäller en situation i vilken en medlemsstat tillämpar unionsrätten enligt artikel 51.1 i stadgan. Det innebär att skyddsstandarden i artikel 47 måste iakttas.[60]

a) Likvärdighet

96. Principen om likvärdighet kräver att reglerna om förfaranden som avser åsidosättande av unionsrätten gäller utan åtskillnad (eller att de inte är mindre förmånliga än reglerna avseende jämförbara inhemska förfaranden).[61]

97. Ingenting i de uppgifter som framlagts för domstolen tyder på något åsidosättande av denna princip. Målet gäller skillnaden beträffande det domstolsskydd som är tillgängligt för en grupp personer (medlemmar av den utvidgade familjen) till skillnad från skyddet för en annan grupp personer som härleder sina rättigheter från unionsrätten (de egentliga familjemedlemmarna). En sådan jämförelse faller utanför likvärdighetsprincipens räckvidd, eftersom båda persongrupperna har sitt ursprung i unionsrätten.[62]

98. Emellertid hävdade Rozanne Banger vid förhandlingen att utestängandet av unionsmedborgares partner i varaktiga förhållanden (som medlemmar av den utvidgade familjen) från överklaganderätt innebär en olikhet i behandlingen i jämförelse med partner till brittiska medborgare i varaktiga förhållanden(förmodligen sådana som inte utnyttjat sin rätt till fri rörlighet). Eftersom detta argument inte utvecklades vidare, är det inte möjligt för domstolen att klarlägga vilka nationella krav som prövningen av likvärdighetsprincipen skulle gälla. Det återstår då för den hänskjutande domstolen att

56 Dom av den 13 december 2017 (C-403/16, EU:C:2017:960, punkterna 36–41).

57 Se mitt förslag till avgörande i målet El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, punkterna 103–106).

58 Se, till exempel, dom av den 5 mars 1980, Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69, punkt 11), och dom av den 17 juni 1997, Shingara och Radiom (C-65/95 och C-111/95, EU:C:1997:300, punkt 24).

59 Se, till exempel, dom av den 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punkt 52 och där anförd rättspraxis).

60 Se dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 29), och dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 60).

61 Se, i detta hänseende, dom av den 17 mars 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punkt 29 och där anförd rättspraxis).

62 Se dom av den 20 oktober 2016, Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789, punkt 32).

klarlägga om invändningar mot en vägran att bevilja uppehållstillstånd för medlemmar av en utvidgad familj (både enligt direktivet och i fråga om dess analoga tillämpning på medlemmar av återvändande medborgares utvidgade familjer) får en mindre förmånlig behandling än andra liknande anspråk enligt inhemsk rätt.

b) Effektivitet

99. Efter Lissabonfördraget har två delar gjort sig gällande i fråga om domstolsskyddets effektivitet: effektivitet dels inom ramen för medlemsstaternas processuella autonomi, dels som en grundläggande rätt till ett effektivt rättsmedel vid domstol enligt artikel 47 i stadgan.

100. Det är alltjämt en öppen fråga hur dessa två ”effektiviteter” precis förhåller sig till varandra.[63] Rent praktiskt kan jag dock inte förstå vad artikel 47 i stadgan faktiskt skulle kunna tillägga, på området för *domstols*prövning, utöver vad som inte var (eller snarare inte kunde ha varit, om en sådan fråga någonsin uppkom) en del av principen om effektivitet. Det är säkerligen fallet om effektivitetsprincipen förstods så, att den inte endast hindrade *omöjligheten* att verkställa ett unionsrättsligt krav utan också gjorde detta *alltför svårt*. Det kan erinras om att båda kraven på effektivitet var naturligt tillämpliga enbart inom unionsrätten och i fråga om unionsrättsliga krav.

101. Hur det än förhåller sig med detta förefaller det som om artikel 47 i stadgan efter stadgans ikraftträdande har utvecklats robustare.[64] Om man granskar domstolens praxis, förefaller det faktiskt som om artikel 47 i stadgan numera anger en högre standard än effektivitetsprincipen. I vad mån detta följer av texten i artikel 47 i stadgan själv och i vad mån det är en naturlig och enkel konsekvens av nyare rättspraxis efter Lissabon, som har sin grund i och utvecklas med ledning av denna artikel, kan tryggt lämnas till vetenskapliga debatter. De framträdande dragen i denna rättspraxis kan sammanfattas på följande sätt.

102. I samband med effektivitetsprincipen som gräns för medlemsstaternas processuella autonomi har domstolen ansett att det inte krävs att domstolar under alla förhållanden ska kunna ersätta det överklagade beslutet med ett nytt beslut såvitt gäller bedömningen i sak och de faktiska omständigheterna.[65] Domstolens praxis visar också att *judicial review*, som är begränsad med avseende på bedömningen av vissa frågor om faktiska omständigheter, inte alltid gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.[66] Vad som är betydelsefullt är att nationella förfaranden för *judicial review* kan ”ge den domstol till vilken beslutet har överklagats möjlighet att vid laglighetsprövningen faktiskt tillämpa de relevanta unionsrättsliga principerna och bestämmelserna”.[67] Den omfattning och den intensitet som enligt effektivitetsprincipen krävs av *judicial review* beror på vilket innehåll och vilken karaktär de relevanta unionsrättsliga principerna och reglerna haft, som tillämpats i det angripna nationella beslutet.[68]

63 Se till exempel i fråga om tidigare argument, Prechal S. och Widdershoven, R., ’*Redefining the Relationship between ”Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection*’, Review of European Administrative Law, vol. 4, 2011, s. 31–50, s. 46.

64 Se i detta hänseende förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Puškár (C-73/16, EU:C:2017:253, punkt 49 och följande punkter), och förslag till avgörande av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i målet Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, punkt 65 och följande punkter).

65 Särskilt, och i likhet med unionsdomstolarnas prövning av EU-akter, där en myndighet har till uppgift att göra komplexa uppskattningar och därför har betydande frihet att göra skönsmässiga bedömningar. Se dom av den 21 januari 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, punkterna 34 och 35).

66 Se dom av den 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punkt 58), där den hänskjutande domstolen hade betonat det mycket begränsade utrymmet för att ompröva de slutsatser om sakförhållandena som förvaltningsmyndigheten nått fram till.

67 Dom av den 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punkt 58). Se också dom av den 21 januari 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, punkterna 30, 35 och 36), och dom av den 9 juni 2005, HLH Warenvertrieb och Orthica (C-211/03, C-299/03 och C-316/03–C-318/03, EU:C:2005:370, punkterna 75–79).

68 Se, i detta avseende, liknande fall gällande offentlig upphandling då judicial review begränsad till fråga om godtycke ansetts otillräcklig, dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punkterna 40–45), och dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkterna 59–64). Se, på samma område, om judicial review rörande skälighet, förslag till avgörande av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i målet Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, punkt 65 och följande punkter).

103. Skyldigheten att göra en mer omfattande överprövning, inklusive en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och en ny rättslig värdering, blir mer framträdande enligt kraven i artikel 47 i stadgan om en sådan undersökning är relevant, med vederbörlig hänsyn till omständigheterna i det aktuella målet. När det gäller *rätten till domstolsprövning* har domstolen uttalat att ”för att en ’domstol’ ska kunna avgöra en tvist om rättigheter och skyldigheter enligt unionsrätten med iakttagande av artikel 47 i stadgan krävs det att den har behörighet att pröva *alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid den*”.[69] I fråga om överprövning av förvaltningsbeslut har domstolen också framhållit att kravet på opartiskhet i artikel 47 andra stycket innebär att ”ett beslut av en förvaltningsmyndighet som inte själv uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet [måste kunna undergå] en senare kontroll av en domstol som ska ha behörighet att pröva *alla relevanta frågor*”.[70]

104. Frågan om rätten till effektiv domstolsprövning respekterats måste därför prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet, ”framför allt den aktuella rättsaktens beskaffenhet, det sammanhang i vilket den antagits och rättsreglerna på det aktuella området”.[71] Följaktligen har domstolen, med beaktande av de specifika unionsrättsliga reglerna och den specifika karaktären av de rättigheter och intressen som målet gäller, framhållit behovet av en grundlig prövning av beslut som gäller både sakfrågor och rättsfrågor, särskilt när bestämmelserna i fråga redan innehöll vissa harmoniserade processuella standarder.[72]

105. Slutligen kan också allmän inspiration[73] hämtas från Europadomstolens praxis om tolkningen av artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen. Enligt Europadomstolens praxis rörande artikel 6 i Europakonventionen ska frågan om *judicial review* har varit tillräcklig för en klagande bedömas med hänsyn till vilka befogenheter domstolen i fråga har och faktorer sådana som ”(a) föremålet för det beslut som klagomålet gällde, särskilt om det gällde en speciell fråga som krävde professionell kunskap eller erfarenhet och om beslutet innefattade administrativ skönsmässig prövning och, i så fall, i vilken utsträckning; (b) det sätt på vilket beslutet nåddes, särskilt de processuella garantier som var tillgängliga i förfarandet vid det dömande organet; och (c) tvistens innehåll, inklusive önskvärda och faktiska grunder för överklagande”.[74]

106. Det är kanske värt att betona att Europadomstolen, med beaktande av dessa faktorer, flera gånger har förklarat att *judicial review* enligt engelsk rätt var tillräcklig.[75] Däremot har Europadomstolen funnit kränkningar av artikel 6.1 i Europakonventionen när den domstol som prövade saken var förhindrad att avgöra den *centrala tvistefrågan* eller när de inhemska domstolarna ansåg sig bundna av förvaltningsorgans tidigare konstateranden som var avgörande för utgången i målen utan att själva pröva frågorna på ett oberoende sätt.[76]

69 Dom av den 6 november 2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, punkt 49). Min kursivering. Se också dom av den 17 december 2015, Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825, punkt 38).

70 Dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 55). Min kursivering.

71 Se, till exempel, dom av den 18 juli 2013, kommissionen m.fl./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P och C-595/10 P, EU:C:2013:518, punkt 102), dom av den 9 februari 2017, M (C-560/14, EU:C:2017:101, punkt 33), eller dom av den 26 juli 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, punkt 41).

72 Se, till exempel, i fråga om asyl, dom av den 28 juli 2011, Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524, punkterna 56, 57 och 61). Se vidare till exempel Reneman, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 Just inspiration, eftersom tillämpningsområdet för artikel 47 i stadgan synes vara större än artikel 6.1 i Europakonventionen (som endast avser civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelser för brott) och artikel 13 i Europakonventionen (som endast avser fri- och rättigheter enligt konventionen).

74 Europadomstolens dom av den 21 juli 2011, Sigma Rado Television Ltd mot Cypern, CE:ECHR:2011:0721JUD003218104 § 154 och där anförd rättspraxis.

75 Se till exempel Europadomstolens domar av den 22 november 1995, Bryan mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, §§ 44–47), av den 27 oktober 2009, Crompton mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 78 och 79, av den 20 oktober 2015, Fazia Ali mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2015:1020JUD004037810, § 79 och följande paragrafer). Beträffande artikel 13 i Europakonventionen, se domar av den 7 juli 1989, Soering mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, §§ 121 och 124), och av den 30 oktober 1991, Vilvarajah m.fl. mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, §§ 122–127).

76 Europadomstolens domar av den 28 maj 2002, Kingsley mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, §§ 32–34), och av den 14 november 2006, Tsfayo mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, §§ 46– 49). Beträffande artikel 13 i Europakonventionen, se domar av den 27 september 1999, Smith och Grady mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, §§ 135–139), och av den 8 juli 2003, Hatton m.fl. mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, §§ 140–142).

107. Två (med varandra förbundna) punkter bör framhållas i stället för en slutsats. För det första är den bästa möjliga generaliseringen i fråga om domstolsprövningens omfång och djup enligt rättspraxis ganska lakonisk: det beror på flera omständigheter. Det beror på den speciella karaktären av de rättigheter som grundas på unionsrätten, så som dessa rättigheter är utformade i de tillämpliga unionsreglerna och så som de analyseras i sammanhang med föremålet för tvisten. För det andra, ju mer harmoniserade (processuella) standarder är i unionsrätten, desto noggrannare prövning kommer sannolikt att krävas på nationell nivå. Omvänt, som på många andra områden inom unionsrätten, ju mindre tydliga bestämmelser i saken det finns inom unionsrätten, desto större utrymme ges till medlemsstaterna att utforma sättet för domstolsprövning.

3. Effektiv domstolsprövning och artikel 3.2 i direktiv 2004/38

108. Vad är då de specifika rättigheterna som tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser ger i förevarande fall? Som framhållits i *Rahman*, ger artikel 3.2 i direktivet medlemsstaterna en rätt till vidsträckt skönsmässig bedömning.[77] Den skönsmässiga bedömningen är emellertid inte obegränsad. Kommissionen har helt riktigt pekat på att en sådan rätt till skönsmässig bedömning gäller val av faktorer och villkor som antagits av medlemsstater till uppfyllande av deras skyldighet att anta nationella bestämmelser för att tillhandahålla en enklare ordning för inresa och uppehåll åt medlemmar av den utvidgade familjen. Skönsmässigheten sträcker sig också till den specifika bedömningen av de relevanta faktiska omständigheterna för att bestämma om dessa villkor är uppfyllda.

109. Men skönsmässighet är inte ett annat ord för ”svart låda”. Enligt domstolens praxis måste det, även när de behöriga myndigheterna får göra en skönsmässig bedömning, genom *judicial review* kunna avgöras om beslutet har en tillräckligt solid grund i de faktiska omständigheterna och om de processuella garantierna respekterats.[78] För att bestämma om gränserna för skönsmässigheten enligt direktivet har iakttagits måste nationella domstolar kunna granska alla processuella aspekter och dessutom de substantiella elementen, inklusive de faktiska omständigheter som beslutet grundats på.[79]

110. Som redan sagts gav domen i målet *Rahman* en solid vägledning om detta: en klagande har enligt artikel 3.2 i direktivet rätt att få avgjort ”om den nationella lagstiftaren, inom gränserna för de valmöjligheter avseende form och tillvägagångssätt för att genomföra direktivet som denne har givits, har hållit sig inom gränserna för befogenheten att företa en skönsmässig bedömning såsom den har angivits genom direktivet”.[80] Fastän direktivet lämnar stort utrymme för skönsmässig bedömning, måste det vara möjligt för nationella domstolar att kontrollera om ett nationellt beslut stämmer överens med de skyldigheter som fastställts i artikel 3.2 i direktivet.

111. De element som måste kunna bli föremål för domstolsprövning på grundval av artikel 3.2 i direktivet är, utöver kravet på underlättande, väsentligen av tre slag: att det beslut som ska kontrolleras grundas på en *omfattande prövning* (i), vilket sedan logiskt måste reflekteras i de skäl som getts för att potentiellt *rättfärdiga vägran av inresa eller uppehåll* (ii). Vidare måste prövningen ske på grundval av *personliga förhållanden*, vilket inbegriper förhållandet med unionsmedborgaren och beroendesituationen (iii).

77 Se ovan, punkterna 53–55 i detta förslag till avgörande.

78 Se, på liknande sätt, dom av den 4 april 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, punkterna 45 och 46).

79 I detta hänseende se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908, punkt 78).

80 Dom av den 7 september 2004, Waddenvereniging och Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482, punkt 66), dom av den 26 maj 2011, Stichting Natuur en Milieu m.fl. (C-165/09–C-167/09, EU:C:2011:348, punkterna 100–103), och dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 25), som hänvisar till dom av den 24 oktober 1996, Kraaijeveld m.fl. (C-72/95, EU:C:1996:404, punkt 56).

112. Alla dessa element måste kunna omprövas av en domstol. En nationell domstol måste ha behörighet att, om den finner det nödvändigt, verifiera de viktigaste relevanta omständigheterna som utgjorde grunden för ett administrativt beslut.[81] Det måste vara möjligt att fastställa om de skäl som anförts av förvaltningen verkligen motsvarar kriterierna i nationell rätt inom de gränser som ålagts genom direktiv 2004/38. Det måste också vara möjligt att förvissa sig om att den motivering för beslutet som lämnats är tillräcklig och adekvat. Särskilt måste det vara möjligt att värdera om de specifika personliga omständigheterna som är av betydelse enligt de relevanta kriterierna har vederbörligen beaktats.

113. Omvänt, under förutsättning att alla dessa element kan omprövas och ett förvaltningsbeslut som inte uppfyller kraven kan upphävas, krävs enligt min mening inte enligt artikel 47 i stadgan att den domstol som prövar frågan ska ha behörighet att pröva ny bevisning. Inte heller krävs att domstolen ska kunna fastställa faktiska omständigheter som inte varit föremål för prövning vid förvaltningsmyndigheten eller omedelbart ersätta förvaltningsbeslutet med en ny dom.

114. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som ensam har behörighet att tolka nationell rätt, att bestämma om och i vilken utsträckning systemet med *judicial review* i det nationella målet uppfyller dessa krav.

4. Slutsats i denna del

115. De överväganden som redovisats i det föregående medför enligt min mening att svaret på den fjärde tolkningsfrågan ska vara som följer. Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att den kräver effektiv *judicial review* av beslut som vägrar medlemmar av den utvidgade familjen inresa eller uppehåll i överensstämmelse med artikel 47 i stadgan. Det ankommer på behörig nationell domstol att avgöra om det system med *judicial review* som är tillgängligt enligt nationell rätt står i överensstämmelse med detta krav.

V. Slutsats

116. Med hänsyn till det föregående föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (överdomstol (immigrations- och asylavdelningen), London (Förenade kungariket) på följande sätt:

– Artiklarna 21.1 och 45 FEUF ska tolkas så, att de innebär att när en unionsmedborgare har skapat eller stärkt sitt familjeliv under utövande av uppehållsrätt i en annan medlemsstat så är den underlättandeordning som behandlas i artikel 3.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38 av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG analogt tillämplig på den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt förhållande efter det att unionsmedborgaren återvänt till sin ursprungliga medlemsstat. Som en följd härav ska denna medlemsstat, på sätt som anges i artikel 3.2 i direktivet och i överensstämmelse med sin nationella lagstiftning, underlätta inresa och uppehåll för den partner med vilken unionsmedborgaren har ett vederbörligen bestyrkt varaktigt förhållande.

81 Jag vill understryka att detta endast betyder att faktiska förhållanden som klarlagts av förvaltningsmyndighet inte *helt* kan uteslutas från domstolsgranskning. Den rubrik, i termer av tillåtliga lagliga yrkanden enligt nationella system för rättskipning i administrativa mål, under vilken ett sådant element faller och på vilken nivå det ska värderas (till exempel oriktig bevisvärdering, uppenbart bedömningsfel, missuppfattning av bevisning) är åter en fråga om nationell rätt. För en komparativ analys av olika överprövningssystem, se till exempel Schwarze, J., *Droit administratif européen*, 2 uppl., Bruylant 2009, s. 274–311.

– När en unionsmedborgare återvänder till sin ursprungliga medlemsstat efter att ha utövat sina rättigheter till uppehåll i en annan medlemsstat där han har skapat eller stärkt ett familjeliv med en partner med vilken han har ett vederbörligen bestyrkt varaktigt förhållande, krävs enligt artikel 21.1 och artikel 45 FEUF att unionsmedborgarens ursprungliga medlemsstat, när den beslutar om partnerns inresa och uppehåll, gör en omfattande undersökning av deras personliga förhållanden och lämnar en motivering till varje vägran att tillåta inresa eller uppehåll enligt artikel 3.2 i direktiv 2004/38.

– Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att den kräver effektiv omprövning (*judicial review*) av beslut som vägrar medlemmar av den utvidgade familjen inresa eller uppehåll i överensstämmelse med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Det ankommer på behörig nationell domstol att avgöra om det system med *judicial review* som är tillgängligt enligt nationell rätt står i överensstämmelse med detta krav.