FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 5. juli 2001 [1]

I — Indledning

1. I denne sag har Immigration Appeal Tribunal forelagt Domstolen en række spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret ønsker oplyst, i hvilket omfang fællesskabsretten kræver af medlemsstaterne, at de garanterer en permanent opholdsret for unionsborgeres familiemedlemmer, som har taget bopæl hos en arbejdstager i en værtsmedlemsstat, men hvor omstændighederne senere har ændret sig. Nærmere bestemt spørger den forelæggende ret, om personer, der har fået tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige som familiemedlemmer til en vandrede arbejdstager i EF-traktatens forstand, fortsat er omfattet af fællesskabsbeskyttelsen, efter at de har mistet den status, som gav dem den pågældende rettighed (deres status som en arbejdstagers familiemedlemmer). Desuden ønsker den forelæggende ret en fortolkning af artikel 18 EF.

2. Der er tale om to sager, som er blevet forenet af den forelæggende ret med henblik på den præjudicielle forelæggelse, nemlig sagen vedrørende familien R [2] og sagen vedrørende familien Baumbast. I R-sagen var der tale om en skilsmisse, hvorefter børnene fortsatte med at bo sammen med deres moder. I forbindelse med familien Baumbast rejste faderen til et tredjeland af erhvervsmæssige grunde, mens ægteskabet forblev intakt.

II — De relevante retsregler

3. To afsnit i EF-traktaten er af særlig relevans for opholdsretten, som den foreliggende sag vedrører. Anden del vedrørende unionsborgerskab omfatter artikel 18 EF (tidl. EF-traktatens artikel 8 A), som bestemmer:

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

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — For at beskytte de pågældendes privatliv angives denne familie med bogstavet R.

2. Rådet kan vedtage bestemmelser, der skal gøre det lettere at udøve de rettigheder, der er nævnt i stk. 1; medmindre andet er fastsat i denne traktat, træffer Rådet afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251. Rådet træffer afgørelse med enstemmighed under hele den nævnte fremgangsmåde.«

d) at blive boende på en medlemsstats område på de af Kommissionen ved gennemførelsesforordninger fastsatte vilkår efter at have haft ansættelse der.

[...]«

Afsnit III i tredje del vedrører arbejdskraftens frie bevægelighed. Artikel 39 EF (tidl. EF-traktatens artikel 48) bestemmer:

»1. Arbejdskraftens frie bevægelighed sikres inden for Fællesskabet.

4. Med henblik på at lette arbejdskraftens frie bevægelighed blev Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet[3] vedtaget. Denne forordning fastsætter bestemmelserne for retsstillingen for familiemedlemmer til en arbejdstager i bl.a. følgende artikler.

2. Den forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.

»*Artikel 10*

1. Følgende personer har uanset nationalitet ret til at tage bopæl hos en arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat og er beskæftiget på en anden medlemsstats område:

3. Med forbehold af de begrænsninger, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed, indebærer den retten til:

a) ans ægtefælle og deres efterkommere i lige linje, der er under 21 år eller forsørges af ham

[...]

3 — EFT 1968 II, s. 467.

b) arbejdstagerens og hans ægtefælles slægtninge i opstigende linje, når disse forsørges af ham.

2. Medlemsstaterne skal lette tilflytningen for familiemedlemmer, som ikke er nævnt i stk. 1, men som forsørges af eller i hjemlandet er optaget i den nævne arbejdstagers husstand.

3. Det er en forudsætning for anvendelsen af stk. 1 og stk. 2, at arbejdstageren for sin familie råder over en bolig, der svarer til de krav, der anses for normale for indenlandske arbejdstagere i det område, hvor han er beskæftiget; denne bestemmelse må ikke medføre forskelsbehandling mellem indenlandske arbejdstagere og arbejdstagere fra andre medlemsstater.

Artikel 11

I tilfælde, hvor en statsborger i en medlemsstat har lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed på en anden medlemsstats område, har ægtefællen og børn, der er under 21 år eller forsørges af ham, ret til at udøve enhver lønnet beskæftigelse på hele denne medlemsstats område, selv om de ikke har statsborgerret i en medlemsstat.

Artikel 12

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

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

5. En arbejdstagers (eller tidligere arbejdstagers) familie beskyttes ligeledes i henhold til artikel 3 i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1251/70 af 29. juni 1970 om arbejdstagerens ret til at blive boende på en medlemsstats område efter at have haft beskæftigelse dér[4], som har følgende ordlyd:

»1. En arbejdstagers familiemedlemmer, som omfattes af denne forordnings

4 — EFT 1970 II, s. 402.

artikel 1, og som bor sammen med denne på en medlemsstats område, har ret til fortsat at blive boende der, hvis arbejdstageren efter artikel 2 [5] har erhvervet ret til at blive boende på denne medlemsstats område, og de har også denne ret efter arbejdstagerens død.

2. Hvis arbejdstageren i øvrigt er afgået ved døden under sin erhvervsmæssige beskæftigelse og før opnåelse af ret til at blive boende på vedkommende medlemsstats område, har familiemedlemmer ret til fortsat at blive boende der på betingelse af:

— at arbejdstageren ved sin død har opholdt sig på denne medlemsstats område uafbrudt i mindst 2 år

— eller er afgået ved døden som følge af en arbejdsulykke eller af en erhvervssygdom

— eller den overlevende ægtefælle er statsborger i opholdsstaten eller har mistet statsborgerskab i denne stat ved indgåelse af ægteskab med denne arbejdstager.«

6. Jeg vil desuden henvise til to ældre direktiver, som fortsat er gældende og som indeholder yderligere bestemmelser vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed. Rådets direktiv 64/221/EØF af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed [6] fastsætter bl.a. bestemmelser vedrørende tilladelse til indrejse og nægtelse af indrejse for personer af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed. Rådets direktiv 68/360/EØF [7] af 15. oktober 1968 om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer indeholder en række foranstaltninger til at lette bevægeligheden for personer, som har fået tillagt rettigheder ved forordning nr. 1612/68. Disse omfatter muligheden for at udøve beskæftigelse i en anden medlemsstat og regler vedrørende rejsedokumenter, herunder et forbud mod visumkrav.

7. Med hensyn til opholdsret er der fastsat bestemmelser i Rådets direktiv 90/364/EØF af 28. juni 1990 om opholdsret [8]. Direktivets artikel 1 bestemmer:

5 — I henhold til denne forordnings artikel 2 har en arbejdstager under visse omstændigheder ret til at blive boende efter pensionering, i tilfælde af uarbejdsdygtighed, eller efter at han har fået beskæftigelse i en anden medlemsstat, men bibeholder sin bopæl i den stat, hvor han tidligere boede som arbejdstager.

6 — EFT 1963-1964, s. 109.
7 — EFT 1968 II, s. 477.
8 — EFT L 180, s. 26.

»1. Medlemsstaterne giver opholdsret til statsborgere fra en medlemsstat, som ikke har denne ret på grundlag af andre bestemmelser i fællesskabslovgivningen, samt til medlemmerne af deres familie, som defineret i stk. 2, når de selv og medlemmerne af deres familie er omfattet af en sygeforsikringsordning, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, og råder over tilstrækkelige midler til at undgå, at de under deres ophold falder værtsmedlemsstatens sociale system til byrde.

De i foregående afsnit omhandlede midler er tilstrækkelige, når de under hensyn til ansøgerens personlige forhold og i givet fald forholdene for de personer, der får opholdsret i medfør af stk. 2, overstiger det niveau, der giver værtsmedlemsstatens egne statsborgere ret til social bistand.

Når andet afsnit ikke kan anvendes, anses ansøgerens midler for tilstrækkelige, når de overstiger den mindste sociale pension, som værtsmedlemsstaten udbetaler.

2. Følgende personer har uanset nationalitet ret til at tage ophold i en anden medlemsstat sammen med indehaveren af opholdsretten:

a) ægtefællen og deres forsørgelsesberettigede efterkommere i lige linje

b) slægtninge i opstigende linje til indehaveren af opholdsretten og til dennes ægtefælle, når de forsørges af vedkommende.«

Artikel 3 foreskriver således, at opholdsretten gælder, så længe indehaverne af denne ret opfylder betingelserne i artikel 1 heri.

III — Baggrund og de faktiske omstændigheder

R

8. I R-sagen er baggrunden følgende. Fru R er amerikansk statsborger. I 1990 flyttede hun fra USA og bosatte sig i Det Forenede Kongerige sammen med sin daværende franske ægtefælle/arbejdstager. Hun fik

opholdstilladelse indtil 1995 som ægtefælle til en arbejdstager, der udnyttede sine rettigheder i henhold til EF-traktaten. Parret fik to børn, der har dobbelt statsborgerskab (fransk og amerikansk). I september 1992 blev ægteskabet opløst. Moderen skulle være den, som primært drog omsorg for børnene. Som en del af skilsmissevilkårene blev reglerne for børnenes samvær med faderen, som boede i Det Forenede Kongerige, aftalt. Efter skilsmissen har børnene haft regelmæssig kontakt med deres fader, som i øvrigt har taget del i ansvaret for deres opvækst og uddannelse. Under sit ophold i Det Forenede Kongerige har fru R etableret en virksomhed som indretningsarkitekt. I 1997 indgik hun et nyt ægteskab med en britisk statsborger.

9. Skilsmissen i 1992 havde ingen følger for fru R's opholdstilladelse, som var gyldig indtil 1995. I oktober 1995 blev der på vegne af fru R og hendes børn indgivet ansøgning til Secretary of State om tidsubegrænset opholdstilladelse i henhold til national ret. Hun påberåbte sig den særlige familiemæssige situation og understregede børnenes og forældrenes ret til at have et familieliv sammen. Børnene fik tidsubegrænset opholdstilladelse, mens hendes ansøgning blev afslået. Hun anlagde sag til prøvelse af Secretary of States afslag på sin ansøgning om tidsubegrænset opholdstilladelse. Sagen var baseret på børnenes rettigheder i henhold til EF-traktaten og retten til et familieliv. Efter hendes opfattelse var der endvidere tale om forskelsbehandling, når ægtefæller til britiske statsborgere opnår tidsubegrænset opholdstilladelse efter et år. Sagen blev afvist som følge af, at den ikke var baseret på en af grundene i National Immigration Rules.

Den 5. juni 1997 tilkendegav Secretary of State endvidere, at der i familiens situation ikke forelå sådanne særlige forhold, at det kunne begrunde en skønsmæssig afgørelse og en fravigelse af de sædvanlige regler. Det blev bl.a. konkluderet, at børnene var små nok til at kunne tilpasse sig livet i De Forende Stater, hvis de skulle blive nødt til at følge med deres moder tilbage dertil. Fru R opnåede senere tidsubegrænset opholdstilladelse, da hun i mellemtiden havde giftet sig med en britisk statsborger.

Baumbast

10. Hr. og fru Baumbast — han er tysk statsborger og var arbejdstager på tidspunktet for ægteskabets indgåelse, og hun er colombiansk statsborger — blev gift i Det Forenede Kongerige i 1990. Familien omfatter også to døtre. Den ældste datter, Maria, er fru Baumbasts barn fra et tidligere forhold og er colombiansk statsborger. Den anden datter, Idanella, har dobbelt statsborgerskab (tysk og colombiansk). Med henblik på anmodningen om en præjudiciel afgørelse var der mellem hovedsagens parter enighed om, at Maria også skulle betragtes som medlem af hr. Baumbasts familie.

11. Familien fik en opholdstilladelse med en gyldighed på fem år indtil 1995. Fra 1990 var hr. Baumbast først erhvervsmæssig aktiv som arbejdstager og derpå i en periode som selvstændig erhvervsdrivende.

Efter at hans virksomhed gik konkurs, har han siden 1993 været ansat på midlertidige kontrakter hos tyske virksomheder i bl.a. Kina og Lesotho. Han har aldrig boet i Tyskland igen, men har modtaget lægebehandling dér. På forskellige tidspunkter har hr. Baumbast uden held søgt arbejde i Det Forenede Kongerige. Inden for den omhandlede periode har parret haft et hus i Det Forenede Kongerige, som er købt for lån mod pant i fast ejendom, og børnene har gået i skole dér. Der modtages ingen socialhjælp. Da familiemedlemmerne har fuld sygeforsikringsdækning i Tyskland, er de ved behov taget til Tyskland for at modtage lægelig behandling.

12. I 1995 indgav fru Baumbast ansøgning om tidsubegrænset opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige for hele familien. I januar 1996 afslog Secretary of State at tildele fru Baumbast og hendes børn tidsubegrænset opholdstilladelse og forlængede — med hensyn til hele familien — ikke den opholdstilladelse, der tidligere var udstedt. Den 12. januar 1998 blev sagen indbragt for første instans (Adjudicator). Denne fastslog, at hr. Baumbast ikke længere var arbejdstager i EF-traktatens forstand, da det var højst usandsynligt, at han ville få ansættelse i Det Forenede Kongerige. Han (eller hans familie) kunne heller ikke påberåbe sig direktiv 90/364 om opholdsret, da de var omfattet af den obligatoriske tyske sygeforsikringsordning og derfor ikke var forsikrede i Det Forenede Kongerige i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 1 i direktiv 90/364. Hr. Baumbast har anerkendt disse faktiske forhold. Som følge heraf baserer han sig i den videre procedure på artikel 18 EF. Børnene fik imidlertid opholdsret i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68. Fru Baumbast opnåede ligeledes — midlertidig — opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige. Denne ret er afhængig af hendes børns opholdsret i medfør af den nævnte artikel 12. Ifølge Adjudicator følger fru Baumbasts opholdsret af medlemsstaternes forpligtelse til i medfør af artikel 12 i forordning nr. 1612/68 at fremme bestræbelser, der gør det muligt for unionsborgeres børn at følge undervisningen i værtsmedlemsstaten på de bedst mulige vilkår. Denne afgørelse er baggrunden for det andet præjudicielle spørgsmål.

13. Under sagen ved den nationale domstol er det i øvrigt fastslået, at hr. Baumbast og hans familie har bopæl i Det Forenede Kongerige. Fru Baumbast og de to børn, men ikke hr. Baumbast, har i mellemtiden ved beslutning truffet af Secretary of State den 23. juni 1998 fået tildelt tidsubegrænset opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige.

IV — De præjudicielle spørgsmål

14. De ovenfor beskrevne situationer har givet anledning til følgende fire præjudicielle spørgsmål. Jeg bemærker i den forbin-

delse, at det tredje og de fjerde spørgsmål kun vedrører Baumbast-sagen.

Det første spørgsmål

»a) Har en unionsborgers børn, som selv er unionsborgere, og som har påbegyndt grunduddannelse under deres fars (eller forælders) udøvelse af sin opholdsret som arbejdstager i en anden medlemsstat, hvor han ikke er statsborger (herefter »værtslandet«), ret til at opholde sig i værtslandet for her at gennemføre en almindelig skolegang i henhold til artikel 12 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68?

b) Hvis besvarelsen af ovenstående spørgsmål bliver en anden, såfremt

i) forældrene er skilt

ii) kun en af forældrene er statsborger i Den Europæiske Union, og den pågældende forælder er ophørt med at være arbejdstager i værtslandet

iii) børnene ikke selv er statsborger i Den Europæiske Union,

hvilke kriterier skal de nationale myndigheder da anvende?

Det andet spørgsmål

I tilfælde, hvor børn har ret til at opholde sig i et værtsland for at følge almindelig undervisning i henhold til artikel 12 i forordning (EØF) nr. 1612/68, skal værtslandets forpligtelse til at »fremme bestræbelser, der gør det muligt for disse børn på de bedst mulige vilkår at følge undervisningen«, da fortolkes således, at den berettiger den person, som primært drager omsorg for dem, uanset om denne person er unionsborger, til at opholde sig med dem i værtslandet for at lette udøvelsen af denne ret, selv om

i) børnenes forældre er skilt, eller

ii) faderen, som er statsborger i Den Europæiske Union, ophører med at være arbejdstager i værtslandet?

Det tredje spørgsmål

a) Har hr. Baumbast på grundlag af omstændighederne i sagen som unionsborger en direkte anvendelig ret til ophold i en anden EU-medlemsstat i medfør af artikel 18 EF (tidl. artikel 8 A), hvis han ikke længere har opholdsret som arbejdstager efter artikel 39 EF (tidl. artikel 48) og ikke opfylder betingelserne for at opholde sig i værtslandet i henhold til nogen anden fællesskabsretlig bestemmelse?

b) Har hans hustru og børn, hvis dette er tilfældet, en afledt ret til ophold, beskæftigelse eller andet?

c) Har de i bekræftende fald en sådan ret på grundlag af artikel 11 og 12 i forordning (EØF) nr. 1612/68 eller på grundlag af en anden (og i givet fald hvilken) fællesskabsretlig bestemmelse?

Det fjerde spørgsmål

a) Hvis besvarelsen af det foregående spørgsmål ikke falder ud til unionsborgerens fordel, bevarer den pågældende persons familiemedlemmer da de afledte rettigheder, som de i deres egenskab af familiemedlemmer oprindeligt opnåede, da de tog bopæl hos en arbejdstager i Det Forenede Kongerige?

b) Hvilke betingelser gælder i bekræftende fald herfor?«

V — Indledningsvis: spørgsmålenes relevans for hovedsagen

15. Spørgsmålet er, hvilken relevans Domstolens svar på de forelagte spørgsmål har for hovedsagen. I R-sagen har fru R på grundlag af sit ægteskab med en britisk statsborger i mellemtiden opnået tidsube-

grænset ret til ophold i Det Forenede Kongerige. Hendes børn havde allerede tidligere fået tidsubegrænset opholdstilladelse. I Baumbast-sagen har fru Baumbast og de to børn fået tidsubegrænset opholdstilladelse. Det er kun hr. Baumbast, der ikke har fået en sådan tilladelse.

16. I henhold til artikel 234 EF har den forelæggende ret en skønsmæssig beføjelse til at vurdere, hvilke spørgsmål den forelægger Domstolen. Jeg minder i den henseende om Domstolens faste praksis, som den er bekræftet i Giloy-dommen [9]:

»20 Det fremgår således af fast retspraksis, at den i traktatens artikel 177 [nu artikel 234 EF] foreskrevne procedure er et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter. Heraf følger, at det alene tilkommer de nationale retter, som behandler tvisten, og som har ansvaret for den retslige afgørelse, der skal træffes, at vurdere — under hensyn til hver enkelt sags særegenheder — både nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse for at kunne afsige dom og relevansen af de spørgsmål, som de forelægger Domstolen [...]

21 Når de af de nationale retter forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom [...] Det fremgår således hverken af ordlyden af artikel 177 eller af formålet med den ved denne artikel indførte procedure, at traktatens ophavsmænd har villet frakende Domstolen kompetence med hensyn til de anmodninger om præjudiciel afgørelse, der angår en fællesskabsretlig bestemmelse i det særlige tilfælde, hvor en medlemsstats lovgivning henviser til indholdet af denne bestemmelse for at fastlægge de bestemmelser, der finder anvendelse på en rent intern situation i denne stat [...]

22 En anmodning fra en national ret ville derfor kun kunne afvises, såfremt det er klart, at proceduren efter artikel 177 er blevet anvendt i strid med sit formål og i virkeligheden tilsigter at foranledige Domstolen til at træffe afgørelse om en konstrueret tvist, eller såfremt det er åbenlyst, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hverken direkte eller indirekte [...]«

17. Jeg mener, at det er tilstrækkeligt klart, at der ikke er tale om en konstrueret tvist i den foreliggende sag. Spørgsmålene har baggrund i sager ved den nationale ret, der vedrører familien R's og familien Baumbasts opholdsret. Det er desuden klart, at fællesskabsretten kan finde anvendelse på de faktiske omstændigheder i begge sager, da begge tvister er baseret på

9 — Dom af 17.7.1997, sag C-130/95, Sml. I, s. 4291.

princippet om fri bevægelighed for personer. Hvorvidt de forelagte spørgsmål stadig har relevans for sagen ved den nationale ret, er et andet spørgsmål, da opholdstilladelser, der var ansøgt om, allerede var blevet givet på det tidspunkt, hvor de præjudicielle spørgsmål blev forelagt, undtagen med hensyn til hr. Baumbast.

18. Efter min opfattelse er det i denne sag hensigtsmæssigt at basere sig på den forelæggende rets skønsmæssige beføjelse. Den nationale ret kan have sine grunde til at søge en større klarhed med hensyn til den fællesskabsretlige sammenhæng med hensyn til opholdsret, der tildeles på grundlag af national ret. Jeg bemærker endvidere, at de forelagte spørgsmål er af direkte relevans for hr. Baumbasts situation.

VI — Baggrunden for sagerne

Indledning

19. Begge sager vedrører i det væsentlige omfanget af den frie bevægelighed for personer inden for Den Europæiske Union. I den oprindelige EØF-traktat var den frie bevægelighed for personer i princippet knyttet til arbejdstageres eller virksomheders udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed. Jeg henviser til EF-traktatens artikel 48, 52 og 59 (nu artikel 39 EF, 43 EF og 49 EF). For at lette udøvelsen af disse rettigheder i henhold til traktaten fastsatte fællesskabslovgiveren mere detaljerede bestemmelser. I den forbindelse blev forordning nr. 1612/68 vedtaget. Denne forordning fastsætter bl.a. en opholdsret for en vandrende arbejdstagers ægtefælle og andre familiemedlemmer.

20. Siden vedtagelsen af forordning nr. 1612/68 har der fundet en betydelig samfundsmæssig udvikling sted, som kan have stor indflydelse på vurderingen af karakteren og omfanget af bestemmelserne i denne forordning. Desuden er fællesskabsretten vedrørende den frie bevægelighed for personer blevet udviklet yderligere i årenes løb. Jeg er af den opfattelse, at både den samfundsmæssige og den fællesskabsretlige udvikling skal tages i betragtning ved besvarelsen af de spørgsmål, den forelæggende ret har forelagt Domstolen. Hvis der ikke tages hensyn til denne udvikling, er der risiko for, at de pågældende bestemmelser mister noget af deres effektivitet.

21. I den forbindelse vil jeg også nævne, at sagsøgerne (R og Baumbast) i deres skriftlige indlæg til Domstolen har anført, at fællesskabsretten skal fortolkes i lyset af

den samfundsmæssige og retlige udvikling, der har fundet sted siden vedtagelsen af forordning nr. 1612/68.

Den samfundsmæssige udvikling

22. Med hensyn til den samfundsmæssige udvikling, der har fundet sted siden 1960'erne, og som er af betydning for fortolkningen og anvendelsen af forordning nr. 1612/68, tænker jeg på en sociokulturel tendens og to økonomiske tendenser.

23. Forordning nr. 1612/68 stammer fra en tid, hvor familierelationerne var forholdsvis stabile. Sociallovgivningen i 1950'erne og 1960'erne indeholder — ligesom forordningen — bestemmelser til fordel for den traditionelle familie, hvor manden er forsørgeren og hustruen passer hjem og børn. Den traditionelle familie eksisterer selvfølgelig fortsat, men er blevet meget mindre dominerende blandt samlivsformerne i den vestlige verden. Familierelationerne og samlivsformerne er blevet mindre stabile og mere forskelligartede. Både familien R — efter skilsmissen — og familien Baumbast — hvor faderen kun en del af tiden bor hos sin familie — er eksempler på disse tendenser. En yderligere faktor er, at der findes stadig flere familier, hvor ægtefællerne har forskellig nationalitet, eller hvor der er børn med andre nationaliteter, hvilket netop er et resultat af personers øgede bevægelighed. Disse familier kan også omfatte statsborgere fra tredjelande, som i tilfældet med fru R og fru Baumbast. Af disse grunde har ingen af disse personer en egen, selvstændig ret til at opholde sig i Det Forenede Kongerige i henhold til fællesskabsretten.

24. Forordning nr. 1612/68 blev vedtaget på højdepunktet for den industrielle masseproduktion, hvor arbejdsforholdene var forholdsvis stabile. Fællesskabslovgiveren kunne gå ud fra, at arbejdscyklen havde en vis permanent karakter. I det nuværende økonomiske klima er hurtige forandringer af arbejdscyklen — og også af arbejdspladsen — blevet meget mere almindelige. Disse forandringer kan indtræde så hurtigt, som i familien Baumbasts tilfælde, at familien ikke altid vælger at flytte med.

25. Den anden økonomiske tendens er globaliseringen. I den globale landsby har virksomheders organisation og aktiviteter en stadig større international dimension, såvel inden for som uden for Den Europæiske Union. Situationer som i hr. Baumbasts tilfælde, hvor en arbejdstager, der er bosiddende i medlemsstat A, og arbejder i et

tredjeland for en virksomhed, der er etableret i medlemsstat B, forekommer stadig hyppigere.

26. Jeg konstaterer, at forordning nr. 1612/68 ikke indeholder bestemmelser vedrørende konsekvenserne af den udvikling, jeg har beskrevet ovenfor. Jeg tænker i den forbindelse på følgende: konsekvenserne af en skilsmisse, tilstedeværelsen af børn fra et tidligere forhold eller af familiemedlemmer med forskellige nationaliteter, herunder statsborgere fra tredjelande, den erhvervsmæssige bevægelighed og adskillelsen mellem bopælen og arbejdsstedet. Ingen af disse fænomener er imidlertid egentlig nye, men de forekommer blot nu med en sådan intensitet og i et sådant omfang, at fællesskabslovgiveren skal tage hensyn til dem.

27. En helt anden udvikling af relevans for den frie bevægelighed for personer er den øgede betydning af spørgsmålet om indvandringen af statsborgere fra tredjelande. Jeg er klar over, at denne udvikling strengt taget ikke spiller nogen rolle i den foreliggende sag, og afsnit IV i tredje del af EF-traktaten er da heller ikke blevet påberåbt. Alligevel bør man være sig bevidst, at udviklingen med hensyn til den frie bevægelighed for personer inden for Den Europæiske Union ofte står i nær forbindelse med indvandring fra tredjelande. Både fru R og fru Baumbast kom således til Den Europæiske Union fra et tredjeland og gjorde brug af bestemmelserne om den frie bevægelighed for personer inden for Den Europæiske Union.

Den fællesskabsretlige udvikling

28. Med hensyn til udviklingen i forbindelse med fællesskabsretten anser jeg det for at være relevant, at den frie bevægelighed for personer på det tidspunkt, hvor forordningen blev vedtaget, kun vedrørte den frie bevægelighed for personer med henblik på at udøve en erhvervsmæssig virksomhed. Kun personer, der udøvede en erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori de var statsborgere, var omfattet af EØF-traktatens anvendelsesområde. De to foreliggende sager vedrører rettigheder, som har deres oprindelse i beskyttelsen af en vandrende arbejdstager i henhold til artikel 39 EF. Inden for EF-traktatens opbygning er denne beskyttelse fastsat i selve artikel 39 EF og i den afledte ret på grundlag af artikel 40 EF og navnlig forordning nr. 1612/68.

29. På tidspunktet for forordningens vedtagelse, dvs. i slutningen af 1960'erne, var det tilstrækkeligt, at den fastsatte betingelser for, hvordan familiemedlemmer fik ret til ophold, og ikke hvornår denne ophørte. Under normale forhold var den sociale situation nemlig stabil. Med henblik herpå fastsætter artikel 40 EF, at Rådet ved udstedelse af direktiver eller forordninger skal vedtage de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed. Allerede i slutningen af 1960'erne vedtog Rådet de bestemmelser, som stadig danner grundlag for arbejdskraftens frie bevægelighed. Disse bestemmelser findes i forordning

nr. 1612/68 og i direktiv 68/360. Artikel 1 i forordning nr. 1612/68 gennemfører artikel 39 EF og giver enhver statsborger i en medlemsstat, uanset bopæl, ret til at tage og udøve lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område. I henhold til artikel 1 i direktiv 68/360 skal medlemsstaterne afskaffe restriktionerne for vandrende arbejdstagere og deres familiemedlemmer med hensyn til at flytte og tage ophold. De kan således arbejde i en anden medlemsstat, og der må hverken kræves indrejse- eller udrejsevisum.

30. For at arbejdskraftens frie bevægelighed virkelig kan udøves, giver forordning nr. 1612/68 også arbejdstagerens familiemedlemmer visse rettigheder. Disse rettigheder er indeholdt i forordningens artikel 10, 11 og 12, hvis anvendelsesområde er genstand for den foreliggende sag. Den forelæggende rets første og andet spørgsmål vedrører disse bestemmelser. Forordning nr. 1251/70 indeholder ganske vist supplerende bestemmelser vedrørende opholdsretten for arbejdstagerens familiemedlemmer efter dennes død, men forordning nr. 1612/68 er ikke selv blevet ændret, trods de samfundsmæssige forandringer, der er indtrådt siden dens ikrafttræden. I 1998 forelagde Kommissionen ganske vist et forslag til ændring [10]. Dette er imidlertid aldrig blevet behandlet af Rådet. Under retsmødet meddelte Kommissionen, at et nyt forslag til ændring af forordning nr. 1612/68 cirkulerede i dens tjenestegrene. Disse forslag er ikke af relevans for vurderingen af spørgsmålene i den foreliggende sag.

31. Betydningen og rækkevidden af den frie bevægelighed for personer er blevet øget betydeligt i årenes løb. For det første blev betydningen af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for personer i 1980'erne fortolket udvidende i Domstolens praksis. Den frie udveksling af tjenesteydelser blev således anset for at finde anvendelse på modtagere af en tjenesteydelse [11]. Der er i den forbindelse bl.a. tale om turister og kurrejsende. For at modtage denne tjenesteydelse, kan de begive sig til en anden medlemsstat. Det personelle anvendelsesområde for den frie bevægelighed for personer er blevet udvidet betydeligt siden 1990, efter vedtagelsen af tre direktiver vedrørende opholdsret for personer, som ikke udøver eller ikke længere udøver erhvervsmæssig virksomhed. Der er for det første tale om direktiv 90/364 om opholdsret, som jeg allerede har nævnt i punkt 5 i dette forslag til afgørelse. Endvidere vedrører direktiv 90/365/EØF [12] og direktiv 93/96/EØF [13] opholdsret for henholdsvis pensionister og studerende. Disse direktiver anerkender en opholdsret, hvis to kriterier er opfyldt. Den vandrende arbejdstager og hans familiemedlemmer skal være omfattet af en sygeforsikringsordning, som dækker samtlige risici i værtsmedlemsstaten, og råde over tilstrækkelige økonomiske midler.

10 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, EFT 1998 C 344, s. 9

11 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377.

12 — Rådets direktiv af 28.6.1990 om opholdsret for lønmodtagere og selvstændige, der er ophørt med erhvervsaktivitet, EFT L 180, s. 28.

13 — Rådets direktiv af 29.10.1993 om opholdsret for studerende, EFT L 317, s. 59.

32. Endelig blev der ved Maastricht-traktaten indføjet et nyt afsnit i EF-traktaten vedrørende unionsborgerskab. Artikel 18 EF bestemmer, at enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaten.

33. På dette sted når jeg frem til følgende sammenfatning, som danner grundlag for den efterfølgende argumentation i dette forslag til afgørelse.

34. Fællesskabslovgivningen vedrørende den frie bevægelighed for personer omfatter to lovgivningskomplekser. Det første og tidligste, som vedrører udøvelsen af en erhvervsmæssig virksomhed, indeholder bestemmelser vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed, etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Den afledte ret, som er nødvendig for at lette udøvelsen af disse rettigheder (af særlig relevans i denne sag er forordning nr. 1612/68), er ikke i tilstrækkelig grad blevet tilpasset den samfundsmæssige, kulturelle og økonomiske udvikling, der har fundet sted siden 1960'erne. Med hensyn til de (afledte) rettigheder for disse arbejdstageres familiemedlemmer regulerer EF-retten kun den måde, hvorpå disse rettigheder opnås. Der er ingen specifikke bestemmelser vedrørende ændrede omstændigheder, hvilket efter min opfattelse kan forklares ved, at man på tidspunkter for bestemmelsernes vedtagelse, dvs. i slutningen af 1960'erne, gik ud fra en stabil arbejds- og familiesituation. Kun i forordning nr. 1251/70 er der fastsat bestemmelser vedrørende en specifik ændring af omstændighederne — som til enhver tid er forudseelig — nemlig arbejdstagerens død. De to første spørgsmål, der er forelagt Domstolen, vedrører i det væsentlige ændrede omstændigheder.

35. Dernæst er der i direktiv 90/364, 90/365 og 93/96 — som det andet lovgivningskompleks — fortsat en opholdsret for personer, som ikke udøver eller ikke længere udøver erhvervsmæssig virksomhed. I disse direktiver er opholdsretten betinget af kravet om tilstrækkelige økonomiske midler. Formålet hermed er at undgå, at en indvandrer falder værtsmedlemsstatens sociale system til byrde.

36. Med Maastricht-traktaten blev der i EF-traktaten indføjet en generelt formuleret rettighed til fordel for alle unionsborgere. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om denne bestemmelse har direkte virkning, navnlig til fordel for en person (hr. Baumbast), som ikke har ret til at færdes og opholde sig på grundlag af andre fællesskabsretlige bestemmelser. Hr. Baumbast opfylder ikke de specifikke betingelser i direktiv 90/364.

VII — Fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, bl.a. på grundlag af Domstolens praksis

37. Ovenfor har jeg redegjort for visse grundlæggende udviklingslinjer med hensyn til det område, der er relevant for denne sag. For at kunne give et korrekt svar på de spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, er det nødvendigt på dette sted at komme nærmere ind på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin.

Artikel 10, 11 og 12 i forordning nr. 1612/68

38. Artikel 10 og 12 i forordning nr. 1612/68 er af central betydning for den forelæggende rets første og andet spørgsmål. Artikel 11 står i nær forbindelse med disse to artikler. Forordningen har som nævnt til formål at fjerne restriktioner for arbejdskraftens bevægelighed, især ved at give arbejdstagerne ret til at tage familien med og skabe betingelserne for dennes integration i værtslandet.

39. Artikel 10 angiver, hvilke familiemedlemmer der kan ledsage den vandrende arbejdstager. Det er for det første den vandrende arbejdstager og dennes ægtefælle, der tillægges en opholdsret. Ordet »ægtefælle« fortolkes bogstaveligt af Domstolen. Den har således fastslået, at en person fortsat er ægtefælle i forordningens forstand, så længe ægteskabet ikke formelt er opløst, selv om ægtefællerne allerede har ophævet samlivet[14]. For det andet har efterkommere i lige linje, der er under 21 år, og også andre slægtninge i både lige og opstigende linje, der forsørges af den vandrende arbejdstager, ret til at tage bopæl hos denne[15]. I henhold til Domstolens praksis følger en persons status som familiemedlem, der forsørges af arbejdstageren, af de faktiske forhold. Der er tale om et familiemedlem, som forsørges af arbejdstageren, uden at det er nødvendigt at fastslå, hvad der er grunden til denne forsørgelse, og at rejse det spørgsmål, om den pågældende er i stand til at sørge for sine fornødenheder gennem lønnet beskæftigelse[16]. Det følger af dommen i Diattasagen[17], at familiemedlemmer ikke nødvendigvis til stadighed skal bo sammen med arbejdstageren.

40. I henhold til artikel 11 har ægtefællen til en statsborger i en medlemsstat, som har lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed på en anden medlemsstats område, og børn, der er under 21 år eller forsørges af denne, ret til at udøve enhver lønnet beskæftigelse på hele denne medlemsstats område, selv om de ikke er statsborgere i en medlemsstat. Denne artikel er efter min opfattelse af begrænset værdi, da den (trods de forvirrende ord »selv om«) kun har virkning i tilfælde af børn, der ikke er

14 — Dom af 13.2.1985, sag 267/83, Diatta, Sml. s. 567.
15 — Dom af 16.12.1976, sag 63/76, Inzirillo, Sml. s. 2057.
16 — Dom af 18.6.1987, sag 316/85, Lebon, Sml. s. 2811.
17 — Nævnt i fodnote 14.

statsborgere i nogen medlemsstat. Børn, der er statsborgere i en medlemsstat, har nemlig i henhold til artikel 39 EF en selvstændig ret med hensyn til arbejdskraftens frie bevægelighed.

41. Artikel 12 vedrører adgangen til almindelig undervisning, lærlingeuddannelse og faglig uddannelse [18]. Kriteriet for, at børn har ret til at få adgang til uddannelse, er ikke, at den ene af forældrene er arbejdstager, men det mere omfattende kriterium med hensyn til, at en af dem er eller har været beskæftiget. Selv om den pågældende forælder ikke udøver lønnet beskæftigelse eller ikke længere arbejder, har børnene stadig ret til at få adgang til uddannelse. I Echternach og Moritz-dommen [19] fastslog Domstolen, at barnet af en EF-arbejdstager, som er beskæftiget i en anden medlemsstat, bevarer sin egenskab af familiemedlem til en arbejdstager i den i forordning nr. 1612/68 forudsatte betydning, når barnets familie vender tilbage til hjemlandet, og barnet — eventuelt efter en vis afbrydelse — forbliver i opholdslandet for dér at fortsætte sine studier, som det ikke kunne fortsætte i hjemlandet. Domstolen støttede udtrykkeligt Kommissionens og den portugisiske regerings opfattelse i denne sag, hvorefter »ligebehandlingsprincippet, som er fastslået i fællesskabsbestemmelserne, skal sikre en så vidtgående integration som muligt af arbejdstagerne og deres familiemedlemmer i opholdslandet« [20]. Domstolen har således foretaget en udvidende fortolkning af børns rettigheder i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68. Selv efter et midlertidigt ophold i hjemlandet, kan de vende tilbage til opholdslandet for at fortsætte deres studier. I Di Leo-dommen [21] fastslog Domstolen, at en medlemsstat skal ligestille de børn, der er omfattet af artikel 12, med indenlandske statsborgere, for så vidt angår uddannelsesstøtte, selv hvis studierne gennemføres i den medlemsstat, som de pågældende børn har statsborgerskab i.

42. Adgang til uddannelse er i henhold til bestemmelserne i artikel 12 — kort sagt — begrænset til børn, der hører til den vandrende arbejdstagers familie og dennes ægtefælle. Det er ikke et krav, at arbejdstageren bor sammen med de pågældende børn. Endvidere følger det af Gaal-dommen [22], at artikel 12 finder anvendelse på økonomisk støtte til studerende, der allerede er kommet langt i deres studier, selv om de er fyldt 21 år og ikke længere bliver forsørget af deres forældre. »At underkaste artikel 12 en aldersbegrænsning eller forsørgelsesbetingelse ville således ikke alene stride mod denne bestemmelses ordlyd, men også mod bestemmelsens ånd.« Bestemmelsen hjemler imidlertid ikke rettigheder for et barn, der er født,

18 — Jf. f.eks. Ulrich Wölker, Hans von der Groeben m.fl.: *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, femte oplag, Nomos, Baden-Baden, s. 1/1148.

19 — Dom af 15.3.1989, forenede sager 389/87 og 390/87, Sml. s. 723.

20 — Jf. dommens præmis 19 og 20.

21 — Dom af 13.11.1990, sag C-308/89, Sml. I, s. 4185.

22 — Dom af 4.5.1995, sag C-7/94, Sml. I, s. 1031.

efter at arbejdstagerens beskæftigelse og bopæl i opholdslandet er ophørt[23].

Begrebet arbejdstager og sociale fordele

43. For at afgrænse anvendelsesområdet for artikel 10, 11 og 12 i forordning nr. 1612/68 er det også vigtigt at fastlægge, hvem der er arbejdstager, og hvornår arbejdstageren ophører med at have denne status. Domstolen har desuden også haft lejlighed til, uafhængigt af artikel 10, 11 og 12, at undersøge de sociale fordele, som arbejdstageren og dennes familiemedlemmer er berettiget til.

44. I Martínez Sala-sagen[24] blev Domstolen anmodet om at give en fællesskabsretlig definition af begrebet arbejdstager inden for rammerne af den frie bevægelighed og den sociale sikring. Domstolen fastslog følgende: »I forbindelse med traktatens artikel 48 [nu artikel 39 EF] og forordning nr. 1612/68 anses en person, der i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, for arbejdstager. Når arbejdsforholdet er ophørt, mister den pågældende som udgangspunkt sin status som arbejdstager, idet der af denne status dog kan udspringe retsvirkninger efter arbejdsforholdets ophør [...]«

45. I sit forslag til afgørelse i denne sag anfører generaladvokat La Pergola, at det følger af bestemmelserne i traktaten og den afledte ret, at en person kan miste sin status som »arbejdstager« i Fællesskabet. Principielt mister en person denne status, når betingelserne for at erhverve den ikke længere er opfyldt. Som generaladvokaten anførte, fraviger fællesskabsretten kun denne regel under særlige omstændigheder og retsfølgen af denne fravigelse forbliver begrænset.

46. I henhold til artikel 7 i forordning nr. 1612/68 kan en arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, gøre krav på en social fordel i en anden medlemsstat. Ifølge Domstolens praksis må studiestøtte, der ydes til vandrende arbejdstageres børn, betragtes som en social fordel for arbejdstageren som omhandlet i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68[25]. I Bernini-dommen fastslog Domstolen i den forbindelse, at »en medlemsstats studiestøtte til arbejdstageres børn for en vandrende arbejdstager udgør en social fordel som omhandlet i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, når arbejdstageren fortsat forsørger barnet. I et sådant tilfælde kan barnet påberåbe sig artikel 7, stk. 2, for at få studiestøtte på de samme betingelser som indenlandske arbejdstageres børn, og der kan herved

23 — Dom af 21.6.1988, sag 197/86, Brown, Sml. s. 3205.

24 — Dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Sml. I, s. 2691, præmis 32.

25 — Dom af 26.2.1992, sag C-3/90, Bernini, Sml. I, s. 1071, præmis 29, og af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 19.

navnlig ikke stilles et yderligere krav om bopæl for barnet« [26].

47. I Christini-dommen [27] tilkendegav Domstolen, at henvisningen til sociale fordele i artikel 7, stk. 2, ikke skulle fortolkes restriktivt, og anførte, »at på baggrund af den ligebehandling, der tilstræbes med denne bestemmelse, skal det saglige anvendelsesområde afgrænses således, at det omfatter alle sociale og skattemæssige fordele, uanset om disse [...] ikke er knyttet til en beskæftigelseskontrakt«.

Med hensyn til spørgsmålet, om enken og børnene efter den vandrende arbejdstagers død skal omfattes af en sådan fordel, svarede Domstolen, at »det ville stride mod formålet og ånden i fællesskabslovgivningen om arbejdskraftens frie bevægelighed, såfremt de efterladte som følge af arbejdstagerens død blev frataget en sådan ret, når denne ret tillægges efterladte af en indenlandsk statsborger«. Domstolen henviste videre til bestemmelserne i forordning nr. 1251/70, navnlig til artikel 3, stk. 1, heri, som bestemmer, at hvis en arbejdstager har erhvervet ret til at blive boende på en medlemsstats område, har arbejdstagerens familiemedlemmer, som bor sammen med vedkommende, ret til fortsat at blive boende dér efter dennes død, og til artikel 7, som bestemmer, at: »[r]etten til ligebehandling som fastsat i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 [...] også gælder for personer, som omfattes af denne ordning«.

Artikel 18 EF

48. I Martínez-Sala-dommen [28] behandlede Domstolen spørgsmålet om unionsborgerskab. Domstolen udtalte sig imidlertid ikke om anvendelsesområdet for artikel 18 EF, trods en udførlig redegørelse herfor i forslaget til afgørelse fra generaladvokaten. I Kaba-dommen [29] behandlede Domstolen artikel 18 EF uden udtrykkeligt at tage stilling til, om artikel 18 EF har direkte virkning. Domstolen fastslog, at på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er opholdsretten for en medlemsstats statsborgere på en anden medlemsstats område ikke ubetinget. Dette følger bl.a. af artikel 18 EF, som ganske vist tillægger unionsborgerne ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område, men udtrykkeligt henviser til de begrænsninger og betingelser, der er fastsat i traktaten, og til gennemførelsesbetingelserne hertil.

49. I forslaget til afgørelse i Martínez Sala-sagen anførte generaladvokat La Pergola følgende: »Nu har vi imidlertid traktatens

26 — Jf. tillige Meeusen-dommen, nævnt i fodnote 25.
27 — Dom af 30.9.1975, sag 32/75, Sml. s. 1085.
28 — Nævnt i fodnote 24.
29 — Dom af 11.4.2000, sag C-356/98, Sml. I, s. 2623.

artikel 8 A [nu artikel 18 EF]. Retten til at færdes og opholde sig frit er almindeligt hjemlet ved en primær retsregel [...] De begrænsninger, der er omhandlet i artikel 8 A, vedrører den konkrete udøvelse af denne ret, ikke spørgsmålet om dens eksistens. Direktiv 90/364 indeholder fortsat de nærmere betingelser for at nyde den frihedsret, som er fastslået ved traktaten« [30].

50. Generaladvokaten henviser til den systematik, hvori den ved artikel 18 EF sikrede ret er placeret i medfør af Maastricht-traktaten. Han anførte i denne forbindelse: »Ved artikel 8 A er den frihedsret, der nu er udformet som en ret til ikke blot at færdes, men til at opholde sig i enhver medlemsstat, således blevet skilt ud fra de andre frihedsrettigheder og er nu en primær ret i den forstand, at den er den første af de rettigheder, der er tilknyttet unionsborgerskabet [...] Den er ikke blot en afledt ret, men en ret, som er uløseligt forbundet med unionsborgerskabet [...] Unionsborgerskabet tillægges i kraft af den primære retsregel direkte den enkelte, der nu udtrykkeligt anerkendes som et retssubjekt, der erhverver og fortaber denne ret sammen med statsborgerskabet i den stat, hvor han er hjemmehørende [...] Dette er så at sige den grundlæggende retsstilling, der er tilsikret borgerne i enhver medlemsstat ved Fællesskabets og i dag Unionens retsorden [...]« [31].

30 — Nævnt i fodnote 24, punkt 18 i forslaget til afgørelse.

31 — Nævnt i fodnote 30.

51. Nogle kritikere er af den opfattelse, at Domstolen burde have undersøgt spørgsmålet om virkningen af artikel 18 EF. Domstolens argument i Martínez Sala-sagen om, at det i den foreliggende sag var ufornødent at undersøge, om den pågældende kunne påberåbe sig artikel 18 EF til støtte for en fornyet opholdsret i den pågældende medlemsstat, da vedkommende allerede havde en anerkendt ret til at have bopæl dér, tydede efter nogles opfattelse ikke på en velovervejet opfattelse af problemstillingen [32].

52. Generaladvokat Cosmas har også givet udtryk for sin opfattelse med hensyn til virkningen af artikel 18 EF. I forslaget til afgørelse i Wijsenbeek-sagen [33] viste han sig at være tilhænger af, at denne artikel har direkte virkning. For det første taler ordlyden af artikel 18 EF for, at den har direkte virkning. Enhver unionsborgers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område er udtrykkeligt anerkendt. Han henviste endvidere til det særlige træk ved artikel 18 EF, som i Fællesskabets retsorden indfører en rent personlig ret, som finder sit modstykke i retten til fri bevægelighed, som er sikret konstitutionelt i medlemsstaternes respektive retsordener. Denne artikel har derfor direkte virkning i den forstand, at den forpligter Fællesska-

32 — Jf. Christian Tomuschat, »Commentaar bij zaak C-85/96 María Martínez v. Freistaat Bayern«, *Common Market Law Review*, 37, Kluwer Law International, Nederlandene, 2000, s. 453.

33 — Dom af 21.9.1999, sag C-378/97, Sml. I, s. 6207.

bets og de nationale myndigheder til at respektere unionsborgernes ret til at færdes og opholde sig frit og til at afholde sig fra begrænsende foranstaltninger, som er et indgreb i det centrale i denne rettighed.

53. Ifølge generaladvokat Cosmas er forbeholdet i artikel 18, stk. 1, EF vedrørende retten til at færdes og opholde sig frit ikke et tilstrækkeligt grundlag til at fratage artikel 18 EF sin direkte virkning, da ordlyden af dette forbehold ikke begrænser den direkte virkning af den tillagte ret. Det fratager med andre ord ikke disse bestemmelser deres klare og ubetingede karakter. Betydningen af begge disse faktorer er efter generaladvokatens opfattelse, at artikel 18 EF indfører en grundlæggende personlig rettighed med direkte virkning, hvorved unionsborgerne får mulighed for at færdes og opholde sig frit inden for Fællesskabet. Udøvelsen af denne rettighed kan være knyttet sammen med begrænsninger og betingelser, såfremt de er berettigede og ikke berører det centrale i rettigheden. I sin dom i denne sag behandlede Domstolen imidlertid ikke spørgsmålet om den direkte virkning af artikel 18 EF.

54. Afslutningsvis henviser jeg til generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Kaursagen [34], hvori han anførte, at der skal være et grænseoverskridende element. Artikel 18 EF regulerer nemlig den frie bevægelighed inden for Fællesskabet. Ifølge generaladvokaten finder den således ikke anvendelse, når alle elementer i forbindelse med hovedsagen henhører under en medlemsstats kompetenceområde. I den forbindelse anførte han følgende: »Ifølge Domstolens faste retspraksis finder reglerne vedrørende den frie bevægelighed for personer kun [...] anvendelse på statsborgere i en EF-medlemsstat, der ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat, eller for personer med statsborgerskab i den pågældende medlemsstat, hvis situation er af en sådan art, at der består tilknytningsmomenter til forhold, som fællesskabsretten tilsigter at regulere.«

Forskelsbehandling

55. I den sidste del af Martínez Sala-dommen undersøgte Domstolen, om en borger i Den Europæiske Union, der lovligt har bopæl i en værtsmedlemsstat, kan støtte ret på princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 12 EF. Domstolen fastslog, at denne borger kan støtte ret på den nævnte artikel i alle de tilfælde, der er omfattet af fællesskabsrettens materielle anvendelsesområde. Ligebehandlingen af vandrende arbejdstagere og deres familiemedlemmer i værtslandet udgør et vigtigt instrument til at gennemføre arbejdskraf-

34 — Dom af 20.2.2001, sag C-192/99, Sml. I, s. 1237, punkt 28 i generaladvokatens forslag til afgørelse.

tens frie bevægelighed, som den bl.a. følger af artikel 39, stk. 2, EF.

56. Kaba-dommen [35] gør det klart, at kvinder fra tredjelande, som er gift med en statsborger i en anden medlemsstat, ikke kan påberåbe sig forskelsbehandling i modsætning til kvinder, som er gift med en statsborger i værtslandet. Sidstnævnte kategori kan opnå tidsubegrænset opholdstilladelse efter kun ét år (i det mindste i Det Forenede Kongerige). Ifølge Domstolen har medlemsstaterne ret til at drage konsekvenserne af den objektive forskel, der kan bestå mellem deres egne statsborgere og statsborgere fra andre medlemsstater, når de fastsætter betingelserne for, at disse personers ægtefæller kan meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse, der gælder for det nationale område. En medlemsstat kan nærmere bestemt kræve, at ægtefæller til personer, der ikke selv har en ubetinget opholdsret, skal have været bosat i en længere periode end den, der kræves af ægtefæller til personer, som allerede har denne ret. Når en tidsubegrænset opholdstilladelse først er meddelt, kan der ikke fastsættes betingelser over for dens indehaver. Myndighederne i værtsmedlemsstaten må derfor i forbindelse med ansøgningen kunne kræve, at ansøgeren har etableret en tilstrækkeligt varig tilknytning til denne stat. En sådan tilknytning kan bl.a. bestå i, at ansøgerens ægtefælle har en tidsubegrænset opholdsret på statens område, eller i, at ansøgeren forudgående i en længere periode selv har haft ophold dér.

57. Et andet ræsonnement er også muligt [36]. Den objektive forskel med hensyn til retlig status, der kan bestå mellem en medlemsstats egne statsborgere og statsborgere fra andre medlemsstater, betyder ikke nødvendigvis, at sidstnævnte statsborgeres familiemedlemmer behandles anderledes end en medlemsstats egne statsborgere. Selv om Det Forenede Kongeriges bestemmelser vedrørende opholdsret sondrer mellem familiemedlemmer til personer, som har fast bopæl i Det Forende Kongerige, og statsborgere fra andre medlemsstater og deres familiemedlemmer, som ikke opfylder denne betingelse, kunne Domstolen have sammenlignet disse familiemedlemmers respektive situationer.

Artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder

58. I henhold til artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union skal Unionen

35 — Nævnt i fodnote 29.

36 — Jf. f.eks. Steve Peers: »Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice«, *European Law Review*, 26, Sweet & Maxwell, Det Forenede Kongerige, 2001, s. 76.

respektere de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved bl.a. den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMK«), som almindelige principper i fællesskabsretten. Det følger af Domstolens faste praksis, »at selv om disse grundlæggende rettigheder hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte, er det en betingelse, at det område, sagen for Domstolen vedrører, skal være omfattet af fællesskabsretten« [37]. For den foreliggende sag har dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [38] særlig relevans; i denne sag fastslog Domstolen følgende: »Dernæst bemærkes, at forordning (EØF) nr. 1612/68 også må fortolkes på baggrund af kravet om respekt for familielivet, der er nævnt i artikel 8 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.«

59. EMK's artikel 8 fastsætter, at enhver har ret til respekt for sit familieliv. Som generelt princip er der tale om familieliv, når der foreligger et lovligt og reelt ægteskab. Andre relationer, som har en tilstrækkelig varig karakter, ligestilles med et sådant ægteskab. Desuden kan familiebåndet kun opløses under særlige omstændigheder gennem senere hændelser. Jeg vil også henvise til, at artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [39] erkender respekten for familielivet. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin har dette charter imidlertid ingen bindende virkning.

60. I denne forbindelse er der også udviklet principper vedrørende indvandring [40]. Et af disse principper er, at omfanget af en stats forpligtelse til at give familiemedlemmer til indvandrere, der allerede er etableret dér, tilladelse til indrejse, afhænger af de specifikke omstændigheder i forbindelse med de pågældende personer og den almene interesse. I overensstemmelse med almindeligt accepterede bestemmelser i international ret har en stat, under hensyntagen til sine forpligtelser i henhold til traktaten, ret til at føre tilsyn med udlændinges adgang til sit område. For så vidt angår indvandring kan EMK's artikel 8 ikke anses for at pålægge en stat en generel forpligtelse til at respektere et ægtepars valg af land som fælles bopæl og godkende familiesammenføring på dens område.

Sammenfatning

61. På baggrund af ovenstående sammenfatter jeg fællesskabsrettens

37 — Jf. bl.a. fodnote 16 i generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 20.11.2000 i Kaur-sagen, dom nævnt i fodnote 34, hvori han bl.a. henviser til dom af 18.6.1991, sag C-260/89, Sml. I, s. 2925.

38 — Dom af 18.5.1989, sag 249/86, Sml. s. 1263, præmis 10.

39 — EFT 2000 C 364, s. 1.

40 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 28.11.1996, Ahmut, *Report of Judgements and Decisions*, 1996-VI.

nuværende udviklingstrin på følgende måde.

62. Arbejdskraftens frie bevægelighed finder i princippet kun anvendelse i den periode, hvor arbejdstageren udøver erhvervsvirksomhed. De sociale fordele for familiemedlemmer, som i henhold til forordning nr. 1612/68 følger af arbejdskraftens frie bevægelighed, kan alligevel fortsat bestå efter arbejdsforholdets ophør. Dette er bl.a. udtrykkeligt fastsat ved arbejdstagerens død. Mere specifikt giver forordningens artikel 10 børn, som lever i et familieforhold med arbejdstageren, en social fordel — i form af en opholdsret. Artikel 12 giver børn ret til at fortsætte deres uddannelse, selv efter at deres forældres arbejdsforhold er ophørt. Endvidere kræver artikel 12 ikke, at der (fortsat) foreligger et familieforhold. I Echternach og Moritz-dommen [41] fastlagde Domstolen en vid fortolkning af denne ret til fordel for børnene ved at give dem lov til at vende tilbage til opholdslandet efter et midlertidigt ophold i deres hjemland. Af retspraksis i forbindelse med artikel 7 i forordning nr. 1612/68 udleder jeg ligeledes, at Domstolen anlægger en vid fortolkning af rettighederne for arbejdstagernes familiemedlemmer.

63. Domstolen har ikke hidtil udtalt sig om den mulige direkte virkning af artikel 18 EF, trods en række bemærkninger i denne henseende, navnlig i forslag til afgørelser fra generaladvokater. Efter min opfattelse er det imidlertid klart, at artikel 18 EF har visse juridiske konsekvenser, hvis omfang og rækkevidde endnu ikke ligger fast.

64. Forbuddet mod forskelsbehandling udgør et vigtigt instrument til at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed, men er ikke så vidtgående, at familiemedlemmer til personer fra en anden medlemsstat skal gives samme opholdsret som familiemedlemmer til en statsborger i værtslandet selv. Endelig udgør retten til respekt for familielivet i henhold til EMK en del af den fællesskabsret, som det drejer sig om i den foreliggende sag. Denne er imidlertid ikke så vidtgående, at en medlemsstat skal godkende familiesammenføring på sit eget område.

VIII — Vurdering

Indledning

65. Der er indgivet skriftlige indlæg til Domstolen af sagsøgerne i hovedsagen ved

41 — Jf. punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

den forelæggende ret (R og Baumbast, herefter »sagsøgerne«), Kommissionen, Det Forenede Kongeriges regering og den tyske regering. I retsmødet den 6. marts 2001 blev der afgivet indlæg af sagsøgerne Kommissionen, Det Forenede Kongeriges regering og den tyske regering. I betragtning af omfanget af de forskellige indlæg vil jeg blot gengive hovedpunkterne heri og derpå vurdere dem. Udgangspunktet for min vurdering er på den ene side den udvikling, jeg har beskrevet i del VI i dette forslag til afgørelse, og på den anden side fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin som beskrevet i del VII.

De to første spørgsmål

De fremførte argumenter

67. I R-sagen har sagsøgerne gjort gældende, at børnene kom til Det Forenede Kongerige som familiemedlemmer til en vandrende arbejdstager, og at de havde ret til at tage bopæl dér i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 1612/68. Den omstændighed, at deres forældre i mellemtiden er blevet skilt, er uden betydning.

66. Ved besvarelsen af spørgsmålene vil jeg sondre mellem de to første spørgsmål, som står i forbindelse med forordning nr. 1612/68, og det tredje spørgsmål, som vedrører fortolkningen af artikel 18 EF. Ved besvarelsen af de to første spørgsmål er den længe påkrævede revision af fællesskabslovgivningen af stor betydning. Bestemmelserne vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed — jf. tillige punkt 34 ovenfor — er ikke i tilstrækkelig grad blevet tilpasset den samfundsmæssige udvikling. Efter min opfattelse skal Domstolen derfor, når den fortolker den specifikke lovgivning på dette område, navnlig artikel 10, 11 og 12 i forordning nr. 1612/68, ikke blot tage hensyn til bestemmelsernes ordlyd, men også de ændrede omstændigheder.

68. I Baumbast-sagen har sagsøgerne erkendt, at hr. Baumbast ikke længere kan gøre krav på beskyttelse som arbejdstager i Det Forenede Kongerige, da han ikke længere søger arbejde dér. Ikke desto mindre forbliver han arbejdstager i den i artikel 39 EF forudsatte betydning, da han er ansat af en tysk virksomhed med hjemsted i Den Europæiske Union, som beskæftiger ham uden for Den Europæiske Union, mens han forsørger sin familie i det værtsland, hvor han arbejdede tidligere, og hvor han stadig har sædvanlig bopæl. Når denne arbejdstager foretager regelmæssige rejser til det sted, hvor han og hans familie har deres sædvanlige bopæl, udøver han de rettigheder, der er tildelt ham ved EF-traktaten. Sagsøgerne har på grundlag heraf konkluderet, at også børnene i familien Baumbast bevarer opholdsretten i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 1612/68.

69. Sagsøgerne har endvidere fremført, at artikel 12 i forordning nr. 1612/68 er forbundet med artikel 10. Artikel 12 vedrører udelukkede børn, som i henhold til artikel 10 har ret til at tage ophold. Sagsøgerne har anført, at børnene i begge tilfælde opfylder kriterierne i artikel 12, hvorved de erkender, at retten til at tage ophold og følge undervisning i værtslandet ikke er ubegrænset. I R-sagen er børnene fortsat familiemedlemmer til den vandrende arbejdstager, som fortsat bor i værtslandet. I Baumbast-sagen er situationen sammenlignelig, om end børnenes fader ikke længere er beskæftiget i Det Forenede Kongerige. I Echternach og Moritz-dommen [42] blev denne omstændighed imidlertid anset for at være uden relevans for opretholdelsen af børnenes rettigheder i henhold til artikel 12. Sagsøgerne har endvidere anført, at børnene i begge sager ikke vil kunne flytte til de lande, hvori de er statsborgere. De har ingen familie dér og taler heller ikke fransk (R's børn) eller tysk (børnene i familien Baumbast). En flytning vil bringe videreførelsen af deres uddannelse i fare.

70. Sagsøgerne har udledt en opholdsret for moderen i begge sager ud fra følgende betragtninger. I henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 skal medlemsstaterne sørge for adgang til undervisning »på samme vilkår som statsborgere« og fremme bestræbelser, der gør det muligt for disse børn at følge undervisningen »på de bedst mulige vilkår«. I en skilsmissefamilie, hvor små børn forsørges og passes af deres moder, er den eneste reelle mulighed for, at børnene kan følge deres skolegang, at de kan blive boende hos moderen.

71. Sagsøgerne har endvidere anført, at børnene i familien Baumbast og R's børn i materiel henseende stilles dårligere end børn i et ægteskab mellem en britisk statsborger og en udenlandsk kvinde. Moderen til disse børn vil opnå tidsubegrænset opholdstilladelse efter 12 måneder uanset familiens videre situation. Dette er en fordel for arbejdstageren, som ved, at hans familieliv ikke vil blive påvirket af indvandringsmæssige problemer i tilfælde af en skilsmisse.

72. Adjudicator har i Baumbast-sagen ifølge sagsøgerne erkendt absurditeten i at tildele børnene opholdstilladelse og samtidig fratage dem enhver mulighed for effektivt at udøve denne ret ved at nægte at give deres moder opholdstilladelse. Fællesskabsretten skal fortolkes vidt, navnlig når der er tale om udøvelsen af en så grundlæggende rettighed som retten til et familieliv. Ifølge sagsøgerne udgør afslaget på at tildele moderen opholdstilladelse et urimeligt indgreb i familielivet og er i strid med EMK.

42 — Nævnt i fodnote 19.

73. Som jeg anførte i punkt 34-66 i dette forslag til afgørelse har sagsøgerne gjort gældende, at fællesskabsretten skal fortolkes i lyset af den samfundsmæssige og retlige udvikling, der har fundet sted siden vedtagelsen af forordning nr. 1612/68.

74. Mere generelt har sagsøgerne henvist til den fortsatte opholdsret for personer, som i henhold til artikel 10 havde ret til at tage bopæl i et værtsland. Artikel 10 i forordning nr. 1612/68 taler om retten til at tage bopæl hos arbejdstageren. Udtrykket »tage bopæl« skal betragtes som en engangshandling og ikke som en vedvarende handling. De behøver således ikke at blive boende sammen med arbejdstageren. Efter at de har taget bopæl, behøver de heller ikke fortsat opfylde kriterierne i artikel 10. I Gaal-dommen [43] anerkendte domstolen retten til adgang til uddannelse for en arbejdstagers barn over 21 år, som ikke længere blev forsørget af arbejdstageren. Som et yderligere eksempel har sagsøgerne nævnt det tilfælde, at en arbejdstager afgår ved døden. Fællesskabsretten anerkender under visse forudsætninger en fortsat opholdsret for den overlevende ægtefælle (jf. artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 og Christini-dommen [44]).

75. Sammenfattende har sagsøgerne anført følgende: Når familiemedlemmer lovligt har taget bopæl hos en arbejdstager i et værtsland og efterfølgende boet dér i en årrække, kan ændrede omstændigheder ikke fratage dem retten til fortsat ophold, hvis der foreligger tilstrækkelige og effektive forbindelser mellem familiemedlemmerne og arbejdstagerens udøvelse af rettigheder i henhold til traktaten.

76. Kommissionen har bemærket, at retten i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1612/68 er en afledt ret, som er afhængig af arbejdstagerens rettighed. Artikel 12 — vedrørende adgang til undervisning — udgør ikke en selvstændig opholdsret, men har blot til formål at sikre, at arbejdstagerens børn har adgang til undervisning på samme vilkår som børn, der er statsborgere i værtslandet.

77. Ifølge Kommissionen skal der sondres mellem det tilfælde, hvor en af forældrene fortsat er arbejdstager i værtslandet (R), og det tilfælde, hvor forælderen ikke længere er arbejdstager (Baumbast). I det første tilfælde bevarer børnene deres opholdsret på grundlag af deres forhold til arbejdstageren. Denne konklusion ændres ikke som følge af, at børnene ikke har fælles bolig med deres fader [45]. Det andet tilfælde er mere kompleks. Den væsentlige betingelse for en opholdsret, dvs. forholdet til

43 — Nævnt i fodnote 22.
44 — Nævnt i fodnote 27.
45 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til Diatta-dommen, nævnt i fodnote 14.

arbejdstageren, er ikke opfyldt. Det mere komplicerede spørgsmål er, om artikel 12 i forordning nr. 1612/68 i sig selv kan medføre en opholdsret. I Echternach og Moritz-dommen[46] fortolkede Domstolen artikel 12 vidt. Beskyttelsen af børnene i henhold til artikel 12 er ikke afhængig af, at forælderen fortsat har status som vandrende arbejdstager. Ifølge Kommissionen har Echternach og Moritz-dommen den virkning, at en tidligere arbejdstagers barn kan forblive i værtsmedlemsstaten for at kunne udøve sine rettigheder i henhold til artikel 12. Baumbast-sagen er sammenlignelig med den situation, der blev behandlet i Echternach og Moritz-sagen. Der er derfor ingen grund til ikke at lade børnene i familien Baumbast være omfattet af den ret, der er anerkendt i Echternach og Moritz-dommen. Kommissionen har også henvist til ligebehandlingsprincippet, hvorefter arbejdstagere og deres familiemedlemmer i videst muligt omfang skal integreres i værtsmedlemsstaten.

78. Kommissionen har kun kort berørt spørgsmålet om moderens opholdsret i begge sager. Fru R er ikke længere familiemedlem til en vandrende arbejdstager og kan ikke omfattes af en opholdsret på dette grundlag. Fru Baumbast omfattes heller ikke af en opholdsret, da den ufravigelige betingelse for hendes rettighed, dvs. hendes ægtefælles status som arbejdstager, ikke længere foreligger. Kommissionen har anerkendt den klare konsekvens af denne konklusion for børnenes opholdsret.

46 — Jf. tillige punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

79. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at selv om hr. Baumbast ikke længere er arbejdstager som omhandlet i forordning nr. 1612/68, bevarer hans børn retten til at fortsætte og afslutte deres skolegang i henhold til denne forordnings artikel 12. De faktorer, der er nævnt i første spørgsmåls del b), er uden betydning for det svar, der skal gives.

80. Det Forenede Kongeriges regering har endvidere anført, at medlemsstaternes forpligtelse i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 til at fremme bestræbelser, der gør det muligt for disse børn at følge undervisningen »på de bedst mulige vilkår«, ikke indebærer, at også den person, som primært drager omsorg for dem, skal have opholdstilladelse. Den har støttet dette på følgende:

— Udtrykket »bedst mulige vilkår« henviser til mulighederne for undervisning og uddannelse og ikke til barnets forhold i hjemmet.

— I henhold til national ret har børn, der er britiske statsborgere, ikke ret til at kræve, at staten giver opholdstilladelse til forældre eller personer, der drager omsorg for dem, og som ikke er stats-

borgere. Gives der opholdstilladelse til personer, som primært drager omsorg for børn fra en anden medlemsstat, vil dette ikke ligestille sådanne børn, men stille dem bedre end britiske børn.

— Besvares den forelæggende rets andet spørgsmål bekræftende, vil det føre til det absurde resultat, at personer som f.eks. hr. Baumbast vil opnå en afledt ret til ophold, som er baseret på hans børns rettigheder, som igen var afledt fra ham.

81. Efter den tyske regerings opfattelse opretholder en vandrende arbejdstagers børn de rettigheder, som de har i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68, selv om forældrene forlader værtsmedlemsstaten, på betingelse af, at skolegangen ikke kan videreføres i oprindelseslandet. Det er ikke nødvendigt at besvare første spørgsmåls del b), da de øvrige kriterier, der er nævnt deri, ikke er afgørende for de nationale myndigheder. Efter den tyske regerings opfattelse har moderen ingen opholdsret, da artikel 12 i forordning nr. 1612/68 udelukkende vedrører adgangsvilkårene for vandrende arbejdstageres børn.

Vurdering

82. Den forelæggende rets første spørgsmål vedrører retten for børnene i familien R og Baumbast til at blive i Det Forenede Kongerige.

83. Med hensyn til børnene i familien R er dette spørgsmål enkelt at besvare. Disse børn har opholdsret i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1612/68. Denne ret opretholdes selv efter deres forældres skilsmisse, så længe faderen fortsat er arbejdstager i den i artikel 39 EF forudsatte betydning. I Diatta-dommen[47] fastslog Domstolen, at det ikke er nødvendigt, at børnene har fælles bolig med deres fader.

84. I forbindelse med børnene i familien Baumbast når jeg til samme konklusion. Deres opholdsret forbliver ligeledes intakt. Denne ret er imidlertid ikke baseret på forordningens artikel 10, men artikel 12. Mit ræsonnement i denne forbindelse er følgende: I henhold til artikel 10 havde børnene ret til at tage ophold i Det Forenede Kongerige på grundlag af deres faders, hr. Baumbasts, status som arbejdstager. Denne er ikke længere arbejdstager i den i artikel 39 EF forudsatte betydning. Artikel 12 i forordning nr. 1612/68 fastsætter imidlertid, at også børn af en arbejdstager, som har været beskæftiget — som vandrende arbejdstager i den i

47 — Nævnt i fodnote 14.

artikel 39 EF forudsatte betydning — skal have adgang til undervisning, hvis de er bosat på den pågældende medlemsstats område (i dette tilfælde Det Forenede Kongerige). Det fremgår af Echternach og Moritz-dommen, at børn, hvis forælder/arbejdstager har forladt landet, har ret til i værtslandet at fortsætte en uddannelse, som allerede er påbegyndt dér. Som Domstolen endvidere fastslog i denne dom, bevarer børnene i sådanne tilfælde deres egenskab af familiemedlem til en arbejdstager i den i forordning nr. 1612/68 forudsatte betydning og dermed deres opholdsret.

85. Efter min opfattelse gælder dette ræsonnement ligeledes for børnene i familien R i det — hypotetiske — tilfælde, at deres fader ikke længere skulle være arbejdstager i Det Forenede Kongerige i den i artikel 39 EF forudsatte betydning. Opholdsretten for børnene i familien R kan nemlig også baseres på artikel 12 i forordning nr. 1612/68. I forbindelse med anvendelsen af artikel 12 er deres situation helt identisk med den situation, som børnene i familien Baumbast befinder sig i.

86. Den forelæggende rets andet spørgsmål går i korthed ud på, om mødrene også fortsat har en opholdsret. De kan ikke længere basere sig direkte på artikel 10 i forordning nr. 1612/68, men vil skulle aflede denne ret fra deres børns opholdsret. Det er betydeligt vanskeligere at besvare dette spørgsmål, hvilket også fremgår af de meget divergerende synspunkter i de indlæg, der er afgivet for Domstolen.

87. For at besvare dette spørgsmål er det ikke tilstrækkeligt blot at analysere forordningens ordlyd, som den er fortolket i Domstolens praksis. Som jeg allerede har anført i punkt 34 ovenfor, har fællesskabslovgiver ikke taget hensyn til det tilfælde, hvor familie- eller arbejdssituationen ændres efter indrejsen i værtslandet, som i forbindelse med familien R og familien Baumbast. Kun for det tilfælde, at arbejdstageren afgår ved døden, er der fastsat bestemmelser i forordning nr. 1251/70. På dette punkt svarer den europæiske lovgivning vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed således ikke længere til tidens krav. Lovgivningen er med andre ord ikke blevet tilpasset.

88. Af disse grunde er der behov for en fortolkning af fællesskabsretten, som tager hensyn til de samfundsmæssige forandringer. En sådan fortolkning vil kunne forhindre, at de lakuner, der er opstået i fællesskabslovgivningen som følge af den manglende tilpasning, fører til uønskede retlige konsekvenser.

89. Efter min opfattelse er det afgørende, at artikel 12 i forordning nr. 1612/68, som den er fortolket af Domstolen, uden betingelser anerkender børns ret til at fortsætte deres uddannelse i værtsmedlemsstaten. På grundlag af denne anerkendelse af børnenes ret udleder jeg en — begrænset — opholdsret for moderen/mødrene. To argumenter, som har en nær indbyrdes sammenhæng, er for mig afgørende i denne henseende.

90. For det første skal fortolkningen af artikel nr. 1612/68 tage hensyn til hovedmålsætningen med forordningen, hvilket sammenfattende er at lette opnåelsen af målsætningerne i artikel 39 EF. Eventuelle senere komplikationer med hensyn til familiens opholdsmuligheder må ikke medføre, at arbejdstageren afholdes fra at tage beskæftigelse i en anden medlemsstat. Når en arbejdstager skal beslutte, om vedkommende vil tage beskæftigelse i en anden medlemsstat, spiller (u)sikkerheden med hensyn til børnenes uddannelse ofte en væsentlig rolle. Med henblik på at fremme arbejdskraftens frie bevægelighed er det derfor vigtigt, at uddannelsen i videst mulig udstrækning garanteres af fællesskabsretten.

91. For det andet vil børns opholdsret i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1612/68 blive illusorisk, hvis den forælder, der passer børnene, ikke må blive i værtsmedlemsstaten. Jeg minder om, at også Adjucator under den nationale procedure i Baumbast-sagen lagde vægt på de mulige konsekvenser af en illusorisk opholdsret for børnene. Disse konsekvenser var for ham anledningen til at tildele fru Baumbast en — midlertidig — opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige [48]. Det, som det med andre ord drejer sig om i denne forbindelse, er effektiviteten af artikel 12 i forordning nr. 1612/68. Børns ret til at fortsætte deres uddannelse i værtsmedlemsstaten skal også rent faktisk kunne udøves, i hvilken forbindelse der ifølge artikel 12, stk. 2, skal fremmes bestræbelser, der gør det muligt for disse børn at følge undervisningen på de bedst mulige vilkår.

92. I den forbindelse vil jeg også henvise til forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. I Martínez Saladommen [49] fastslog Domstolen, at en borger i Den Europæiske Union, der lovligt har bopæl på en anden medlemsstats område, kan støtte ret på dette forbud i alle de tilfælde, der er omfattet af fællesskabsrettens anvendelsesområde. Jeg minder tillige om Echternach og Moritz-dommen [50]. Domstolen anførte heri, at ligebehandling i forhold til et lands egne statsborgere bidrager til børnenes integration i værtsmedlemsstaten. Det kan udledes af disse to domme, hvis de sammenholdes, at opholdsretten for den forælder, der passer børnene, kan begrundes ud fra børnenes ret til ligebehandling.

93. Endelig er tildelingen af en opholdsret til den forælder, der passer børnene, også af betydning i forbindelse med EMK og navnlig artikel 8 heri, som garanterer retten

48 — Jf. punkt 12 i dette forslag til afgørelse samt sagsøgernes bemærkninger, der er gengivet ovenfor.

49 — Jf. punkt 55 i dette forslag til afgørelse.

50 — Jf. i denne forbindelse punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

til respekt for familielivet[51]. I denne henseende henviser jeg til det synspunkt, som sagsøgerne har givet udtryk for med hensyn til, at afslaget på at give en moder til små børn opholdsret udgør et urimeligt indgreb i familielivet og dermed er i strid med EMK. Jeg er af den opfattelse, at Domstolen ikke behøver at tage stilling til, om afslaget på at give opholdsret til den forælder, der passer børnene, udgør et urimeligt indgreb; jeg finder blot, at en beslutning om at give en sådan opholdsret er i overensstemmelse med EMK's artikel 8.

94. På baggrund heraf konkluderer jeg, at den forælder, der passer børnene, har en opholdsret, som er afledt af børnenes ret til at fortsætte deres uddannelse i værtslandet. Jeg giver derved yderligere virkning til Domstolens vide fortolkning af artikel 12 i forordning nr. 1612/68 i Echternach og Moritz-dommen. I den forbindelse anså Domstolen børnenes ret til at fortsætte deres uddannelse for at udgøre et vigtigt instrument til at fremme arbejdskraftens frie bevægelighed. Børnenes ret i denne henseende skal kunne udøves fuldt ud. Et så vigtigt instrument må ikke (under visse omstændigheder) gøres virkningsløst på grund af et hul i fællesskabslovgivningen.

51 — I punkt 58 i dette forslag til afgørelse har jeg allerede behandlet betydningen for fællesskabsretten af de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i EMK. Jf. foruden EMK's artikel 8 tillige artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som er sammenlignelig, men ikke bindende.

Den afledte karakter af opholdsretten for den forælder, der passer børnene, betyder imidlertid, at en medlemsstat i sin lovgivning kan begrænse denne rettighed tidsmæssigt, f.eks. indtil uddannelsen er afsluttet, eller indtil børnene ikke længere passes af forældrene.

95. Jeg konkluderer, at da EF-retten — med henblik på at fremme arbejdskraftens frie bevægelighed — giver vandrende arbejdstageres familiemedlemmer visse rettigheder og privilegier, i dette tilfælde arbejdstageres børn, må den pågældende rettighed fortolkes på en sådan måde, at den kan udøves i praksis. Dette betyder, at den forælder, der passer børnene, skal kunne blive i landet, hvis dette er nødvendigt, for at børnene kan udøve deres rettigheder.

Det tredje spørgsmål

Bemærkninger

96. Efter sagsøgernes opfattelse har artikel 18 EF direkte virkning. De har i den forbindelse henvist til Domstolens praksis og litteraturen. Den omstændighed,

at opholdsretten gælder med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat og i gennemførelsesbestemmelserne hertil, fratager den ikke direkte virkning. De andre bestemmelser i traktaten fastlægger blot opholdsrettens indhold. Den omstændighed, at opholdsretten skal fortolkes på grundlag af de foranstaltninger, der indføres for at lette udøvelsen af denne ret, medfører heller ikke, at den ikke har direkte virkning. Artikel 18 EF er ikke mindre ubetinget og præcis end artikel 39 EF. Artikel 18 EF skaber ikke en selvstændig ret, som gør artikel 39 EF og den lovgivning, der vedtages på grundlag heraf, obsolet, men udgør en tilføjelse til andre bestemmelser i traktaten, f.eks. bestemmelserne vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed.

97. Sagsøgerne har anført, at hr. Baumbast ikke længere udøver rettigheder i henhold til artikel 39 EF. I hans tilfælde skal artikel 18 EF fortolkes på en sådan måde, at han bevarer sin ret til ophold i Det Forenede Kongerige i den periode, hvor han er arbejdstager uden for Den Europæiske Union. Denne ret i henhold til artikel 18 EF har til formål at dække den periode, hvori han er fysisk fraværende i Det Forenede Kongerige, dvs. perioden mellem hans afrejse — som arbejdstager i den i artikel 39 EF forudsatte betydning — og hans permanente tilbagevenden til Det Forenede Kongerige. Sagsøgerne har i den forbindelse også henvist til, at der ikke var opstået problemer for hr. Baumbasts familie, hvis sagen havde omfattet familiemedlemmer til en statsborger i Det Forenede Kongerige. Den omstændighed, at hr. Baumbasts ægtefælle ikke fik tildelt opholdsret samtidig med, at hr. Baumbast blev indrømmet opholdsret, udgør forskelsbehandling, som er i strid med artikel 12 EF, og som er baseret på artikel 18 EF.

98. Kommissionen har understreget den grundlæggende betydning af artikel 18 EF. Retten til at færdes og til ophold er imidlertid ikke absolut, men afhængig af de eksisterende fællesskabsretlige instrumenter. Retten til ophold er altid betinget af en erhvervsmæssig virksomhed eller af, at der rådes over tilstrækkelige midler. Kommissionen har konkluderet, at artikel 18 EF ikke kan give hr. Baumbast ret til ophold. I den forbindelse har Kommissionen bl.a. henvist til Wijsenbeek-dommen [52].

99. Det Forenede Kongeriges regering har henvist til det forbehold, der er formuleret i artikel 18, stk. 1, EF. Af dette følger, at artikel 18 EF ikke skaber en almindelig og absolut ret til at færdes og opholde sig frit, som går videre end de rettigheder, der allerede er tildelt ved EF-traktaten og i afledt ret. Dette betyder ikke, at artikel 18 EF er uden retsvirkninger. Den medfører, at de rettigheder, der tidligere er fastsat i afledt ret, ophøjes til at have status som rettigheder i henhold til EF-traktaten, og giver Rådet beføjelse til at vedtage nye

52 — Jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

foranstaltninger for at lette udøvelsen af retten til fri bevægelighed[53].

100. Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at artikel 18 EF ikke har direkte virkning, da den ikke er ubetinget. Den tyske regering er ligeledes af den opfattelse, at der ikke kan udledes en opholdsret direkte på grundlag af artikel 18 EF.

Vurdering

101. Den forelæggende rets tredje spørgsmål vedrører frem for alt den direkte virkning af artikel 18 EF. I punkt 49 ff. ovenfor citerede jeg forslaget til afgørelse fra generaladvokat La Pergola i Martínez Sala-sagen og fra generaladvokat Cosmas i Wijsenbeek-sagen; begge udtalte sig til fordel for den direkte virkning. Ifølge generaladvokat La Pergola er retten til at færdes og opholde sig uløseligt forbundet med statsborgerskab. De begrænsninger, der er omhandlet i artikel 18, stk. 1, EF, vedrører efter hans opfattelse den konkrete udøvelse af denne ret, og ikke spørgsmålet om, hvorvidt selve denne ret består. Generaladvokat Cosmas baserer den direkte virkning på bl.a. selve ordlyden af artikel 18, stk. 1, EF. Han har videre anført, at udøvelsen af denne rettighed kan være knyttet sammen med begrænsninger og betingelser under forudsætning af, at de er berettigede og ikke betyder et indgreb i det centrale i denne rettighed.

102. Domstolen har ikke hidtil skullet tage stilling til spørgsmålet om direkte virkning i denne forbindelse. Det fremgår af Kaba-dommen[54], at Domstolen med hensyn til anden del af artikel 18, stk. 1, EF er af den opfattelse, at denne artikel under ingen omstændigheder skaber en ubetinget ret til at færdes og opholde sig for unionsborgere. Jeg udleder af denne dom, at selv om artikel 18 EF skulle have direkte virkning, er den ret til at færdes og opholde sig, som følger heraf, under ingen omstændigheder ubegrænset.

103. Det centrale spørgsmål med hensyn til den retlige karakter af artikel 18, stk. 1, EF er efter min opfattelse følgende: Har en borger i henhold til artikel 18, stk. 1, EF en ret til at færdes og opholde sig overalt på Den Europæiske Unions område, eller skal artikel 18, stk. 1, EF karakteriseres som et retsprincip, der skal konkretiseres og gennemføres på grundlag af andre fællesskabsretlige bestemmelser? I betragtning af ordlyden af artikel 18, stk. 1, EF kan dette spørgsmål kun besvares på én måde. Denne bestemmelse giver unionsborgere ret til at færdes og til ophold. Den klare og ubetingede ordlyd af den første del af artikel 18, stk. 1, EF kan efter min opfattelse ikke fortolkes anderledes. De aktiviteter, som denne bestemmelse henviser til, dvs. at »færdes« og »opholde sig«, kræver ingen

53 — Det Forende Kongeriges regering henviser bl.a. til Rettens dom af 16.4.1997, sag T-66/95, Kuchlenz-Winter mod Kommissionen, Sml. II, s. 637, præmis 47.

54 — Jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

yderligere definition. Efter min opfattelse har artikel 18, stk. 1, EF således direkte virkning. Dette var også generaladvokat Cosmas' ræsonnement.

104. Et andet argument til fordel for den direkte virkning udleder jeg af EF-traktatens opbygning og den lovgivning, der er vedtaget på grundlag heraf. Fællesskabslovgivningen vedrørende den frie bevægelighed for personer er rettet til to forskellige persongrupper [55]. Den første gruppe vedrører personer, som færdes eller opholder sig på Den Europæiske Unions område i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed. Deres specifikke rettigheder er fastsat i eller i henhold til traktatens bestemmelser vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed (artikel 39 EF ff.), etableringsretten (artikel 43 EF ff.) og den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF ff.). Jeg vil nedenfor omtale disse som (erhvervsmæssigt) aktive personer. Den anden gruppe er personer, som uden tilknytning til en erhvervsmæssig virksomhed rejser eller opholder sig på Den Europæiske Unions område, dvs. ikke-aktive personer som f.eks. studerende eller pensionister. Deres rettigheder er baseret på afledt fællesskabsret, nemlig direktiv 90/364 samt direktiv 90/365 og 93/96, som er forbundet med det førstnævnte direktiv. For begge grupper er der således vedtaget særskilte regelsæt, som ikke står i direkte forbindelse med hinanden.

55 — Jf. tillige punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

105. Til disse to regelsæt tilføjer artikel 18 EF en generel opholdsret for unionsborgere. Denne ret er — med generaladvokat La Pergolas ord — uløseligt forbundet med statsborgerskab. Artikel 18 EF medfører — efter min opfattelse — en grundlæggende rettighed for unionsborgere til at færdes og opholde sig frit på Den Europæiske Unions område. Den udgør fællesnævneren for retten til at færdes og til ophold for både aktive og ikke-aktive borgere. For de erhvervsmæssigt ikke-aktive personer har artikel 18 EF desuden en yderligere betydning. Siden indførelsen af artikel 18 EF — ved Maastricht-traktaten — har retten til at færdes og til ophold for ikke-aktive personer direkte været baseret på traktaten og er ikke længere fuldt ud underlagt den vurdering, der foretages af lovgiveren, der har kompetence til at vedtage den afledte ret.

106. Et tredje argument for direkte virkning er af teleologisk art. Hvis retten til at færdes og til ophold var fuldstændig afhængig af specifikke rettigheder, der er fastsat i eller i henhold til EF-traktaten, ville der være risiko for, at denne ret ville miste sin betydning eller, med andre ord, sin effektivitet. En bestemmelse, der er formuleret generelt, som f.eks. artikel 18, stk. 1, EF, hvor der ikke sondres mellem de forskellige (under)grupper af adressater, opfylder en nødvendig funktion ved at sikre

målsætningen for traktatens forfattere, dvs. den frie bevægelighed for alle borgere.

107. Jeg har ikke hidtil behandlet spørgsmålet om den materielle betydning af artikel 18 EF. Det er korrekt, at den anden del af artikel 18, stk. 1, EF knytter retten til at færdes og til ophold sammen med de begrænsninger og betingelser, der er fastsat i andre fællesskabsretlige bestemmelser. Det er derfor disse andre fællesskabsretlige bestemmelser, såsom artikel 39 EF, der i princippet er bestemmende for anvendelsesområdet for den rettighed, der er fastsat i artikel 18 EF.

108. Jeg er enig i den opfattelse, som Domstolen gav udtryk for i Kaba-dommen (nævnt i fodnote 29), at de rettigheder, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, EF, ikke er ubegrænsede. Netop hvis — som jeg mener — disse bestemmelser anses for at have direkte virkning, er de betingelser og begrænsninger, som udøvelsen af retten til at færdes og til ophold er underlagt, nært knyttet til dem. Disse betingelser og begrænsninger har nemlig til formål at beskytte klare almene hensyn, såsom offentlig orden og sikkerhed, offentlig sundhed og medlemsstaternes finansielle interesser.

109. På baggrund af ovenstående konkluderer jeg, at artikel 18, stk. 1, EF har en materiel betydning i to henseender, som giver artikel 18 EF en yderligere værdi ved siden af de øvrige fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer.

110. For det første indebærer den ubetingede karakter af den første del af artikel 18, stk. 1, EF, at opholdsretten skal være en identificerbar ret, som er af betydning for borgerne. Hermed har artikel 18 EF karakter af en garantibestemmelse. Artiklen stiller krav til indholdet af fællesskabsretten inden for den frie bevægelighed for personer. De betingelser, der fastsættes i fællesskabsretten, må ikke være vilkårlige og medføre, at opholdsretten mister sit materielle indhold. I den forbindelse henviser jeg til de krav, som generaladvokat Cosmas har opstillet med hensyn til betingelser og begrænsninger for opholdsretten. Dette synspunkt bekræftes desuden i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Artikel 45 i dette — som nævnt ikke-bindende — charter anerkender, at enhver unionsborger har en opholdsret[56], mens artikel 52, stk. 1, fastsætter følgende med hensyn til begrænsninger i udøvelsen af de rettigheder, der anerkendes ved charteret. De skal »respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige

56 — Denne artikel gengiver ordret formuleringen i den første del af artikel 18, stk. 1, EF.

og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen [...]«

111. For det andet pålægger artikel 18, stk. 1, EF fællesskabslovgiveren en forpligtelse til at sørge for, at en unionsborger rent faktisk kan udøve de rettigheder, der er tildelt i henhold til artikel 18 EF. Denne forpligtelse er så meget desto mere omfattende, da fællesskabsretten vedrørende den frie bevægelighed for personer omfatter to regelsæt, og dermed har en forholdsvis uensartet karakter. Der findes ikke et enkelt — og altomfattende — regelsæt.

112. Betydningen heraf er følgende.

113. Med hensyn til den erhvervsmæssigt aktive borger indeholder selve traktaten og de bestemmelser, der er vedtaget på grundlag heraf, en ordning for den frie bevægelighed, som giver borgeren de fornødne garantier. Artikel 18 EF tilføjer i princippet intet i denne henseende. Det er korrekt, at bestemmelserne vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed ikke i alle tilfælde er blevet tilpasset de samfundsmæssige forandringer (jf. punkt 34 ovenfor). Ved fortolkningen af de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser skal Domstolen efter min opfattelse i videst mulig udstrækning tage hensyn til disse ændrede omstændigheder. Artikel 18 EF spiller ingen rolle i denne forbindelse.

114. For den erhvervsmæssigt ikke-aktive borger er bestemmelserne fastsat i direktiv 90/364 samt direktiv 90/365 og 93/96, som er forbundet hermed. De rettigheder, som denne gruppe borgere har i henhold til disse direktiver, opnår på grundlag af artikel 18 EF status som rettigheder i henhold til traktaten. Med hensyn til denne gruppe fungerer artikel 18 EF som en garanti. Fællesskabslovgiveren er forpligtet til at skabe og fastholde en rettighed, som har et indhold.

115. Endelig kan den utvetydige karakter af artikel 18, stk. 1, EF medføre, at en person, som ikke har opholdsret i henhold til andre fællesskabsretlige bestemmelser, alligevel kan opnå en sådan ret på grundlag af artikel 18 EF. Da der ikke findes et generelt — og altomfattende — regelsæt vedrørende udøvelsen af opholdsretten i fællesskabsretten, må der i tilfælde, hvor fællesskabslovgiveren ikke har vedtaget bestemmelser, gøres brug af artikel 18 EF. Dette betyder imidlertid ikke, at der i disse — særlige — tilfælde anerkendes en ubegrænset opholdsret. De betingelser og begrænsninger af denne ret, som foreskrives i fællesskabsretten, skal så vidt muligt anvendes analogt på personer, som udleder deres opholdsret direkte på grundlag af artikel 18 EF. Ordlyden af den anden del af

artikel 18, stk. 1, EF udgør grundlaget herfor.

116. Den forelæggende ret har stillet spørgsmålet på baggrund af hr. Baumbasts specifikke situation. Hr. Baumbast er ikke længere arbejdstager i den forstand, at han ikke længere kan påberåbe sig artikel 39 EF. Hans opholdsret ville eventuelt kunne baseres på direktiv 90/364, som indeholder bestemmelser vedrørende personer, som ikke eller ikke længere er aktive. Han opfylder imidlertid ikke de krav, som direktiv 90/364 stiller til retten til ophold. Han er omfattet af den obligatoriske sygeforsikringsordning i Tyskland og har således ikke en sygeforsikring, der dækker alle risici i værtsmedlemsstaten, hvilket kræves i direktivet. På baggrund heraf vil han ikke opnå opholdsret, da han ikke opfylder et af kriterierne i direktiv 90/364.

117. Der er imidlertid en meget vigtigere grund til, at hr. Baumbast ikke kan opnå opholdsret i henhold til direktiv 90/364. Han udøver nemlig fortsat virksomhed som arbejdstager, men ikke længere i Det Forenede Kongerige. Af disse grunde er det logisk, at bestemmelserne for aktive personer anvendes analogt og ikke bestemmelserne for ikke-aktive personer.

118. Kravet om sygeforsikring i værtsmedlemsstaten finder ikke anvendelse på erhvervsmæssigt aktive personer. Formålet med dette krav er nemlig at forhindre, at vandrende unionsborgere bliver til urimelig byrde for de offentlige finanser i værtsmedlemsstaten[57]. Denne risiko foreligger ikke i forbindelse med erhvervsmæssigt aktive personer, da de kan antages at opnå tilstrækkelige midler til deres underhold på grundlag af deres erhvervsmæssige virksomhed. Der er derfor heller ingen grund til at nægte hr. Baumbast opholdsret på grund af, at han ikke er omfattet af en sygeforsikringsordning i værtsmedlemsstaten.

119. Domstolen skal derfor vurdere, om hr. Baumbast kan udlede en opholdsret på grundlag af artikel 18 EF ved at anvende bestemmelserne for aktive personer analogt, navnlig artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68.

120. Grunden til, at hr. Baumbast ikke kan udlede rettigheder på grundlag af artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68, er, at bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for personer ikke er blevet udviklet i tidens løb. Disse bestemmelser trådte i kraft i slutningen af 1960'erne og er siden da ikke blevet tilpasset den samfundsmæs-

57 — Jf. fjerde betragtning til direktivet.

sige udvikling. Jeg har behandlet dette udførligt ovenfor (punkt 22 ff.). Ved vedtagelsen af forordningen blev der klart ikke taget højde for den situation, at en person, som har sædvanlig bopæl i en medlemsstat, samtidig arbejder i kortere perioder forskellige steder for en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat.

121. Der er tale om en situation, der ikke er forudset af fællesskabslovgiveren. Der er ingen bestemmelser, på grundlag af hvilke opholdsretten kan udøves. Af disse grunde anvender jeg de bestemmelser, der finder anvendelse på aktive personer, analogt. Bortset fra den omstændighed, der ikke er forudset i fællesskabslovgivningen, at hr. Baumbast ikke udøver erhvervsmæssig virksomhed i værtslandet, opfylder han alle de øvrige krav, der stilles til ophold i Det Forenede Kongerige: Han er statsborger i en medlemsstat i Den Europæiske Union, han er arbejdstager, han bor i en anden EU-medlemsstat (Det Forenede Kongerige), og hans familie har opholdsret i henhold til forordning nr. 1612/68.

122. Jeg konkluderer derfor, at hr. Baumbast har en opholdsret i Det Forenede Kongerige på grundlag af artikel 18 EF, sammenholdt med artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68.

123. I punkt b) og c) i det tredje spørgsmål har den forelæggende ret også rejst spørgsmålet om rettighederne for hr. Baumbasts familiemedlemmer. Efter min opfattelse kan disse spørgsmål besvares kort. Den opholdsret, som hr. Baumbast har i henhold til artikel 18 EF, omfatter også hans ægtefælle og deres børn. I den foreliggende sag er denne konstatering imidlertid uden betydning for dem, da de efter min opfattelse allerede har en opholdsret på grundlag af forordning nr. 1612/68.

124. Afslutningsvis henviser jeg til retten til respekt for familielivet i EMK's artikel 8 [58]. Fællesskabslovgivningen vedrørende opholdsret, og navnlig forordning nr. 1612/68, tager tilstrækkeligt hensyn til EMK's artikel 8, da en arbejdstagers opholdsret også omfatter familiemedlemmerne. Dette vil — anvendt på Baumbast-sagen — efter min opfattelse ikke forholde sig anderledes, hvis Domstolen skulle nå til den vurdering, at hr. Baumbast ikke har ret til ophold i Det Forenede Kongerige i henhold til fællesskabsretten.

58 — Og også i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som imidlertid ikke er bindende; jf. punkt 59 i dette forslag til afgørelse.

125. Jeg har anført ovenfor, at forordning nr. 1612/68 under visse specifikke omstændigheder medfører, at den forælder, der passer børnene, har ret til ophold i værtsmedlemsstaten med henblik på børnenes uddannelse. Efter min opfattelse vil det være at gå for vidt at give den forælder, der ikke faktisk passer børnene, ret til ophold. Fællesskabsretten indeholder ingen bestemmelse vedrørende en sådan ret. Retten til respekt for familielivet, som den er sikret i fællesskabsretten, kan heller ikke medføre en sådan ret. Familien Baumbast har andre reelle muligheder for at kunne leve som en familie, f.eks. ved at familien følger faderen i forbindelse med hans forskellige erhvervsaktiviteter eller ved at tage bopæl i Tyskland. Jeg henviser i den forbindelse til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, hvorefter EMK's artikel 8 ikke kan anses for at pålægge en stat en generel forpligtelse til at respektere et ægtepars valg af land som fælles bopæl og godkende familiesammenføring på dens område.

Det fjerde spørgsmål

126. Jeg kan sammenfatte ovenstående på følgende måde. Artikel 18, stk. 1, EF giver borgeren ret til at færdes og opholde sig frit på Den Europæiske Unions område. Omfanget af denne rettighed bestemmes af de betingelser og begrænsninger, der er fastsat i eller i henhold til EF-traktaten. Disse betingelser og begrænsninger må imidlertid ikke resultere i, at borgerens ret mister sit materielle indhold. Den utvetydige karakter af artikel 18, stk. 1, EF kan medføre, at der i særlige tilfælde, som f.eks. hr. Baumbasts tilfælde, hvor der ikke i henhold til andre fællesskabsretlige bestemmelser foreligger en ret til at færdes og til ophold, udledes en ret til at færdes og til ophold direkte på grundlag af artikel 18, stk. 1, EF. Omfanget af hr. Baumbasts ret afgøres ved at anvende de betingelser og begrænsninger, som arbejdskraftens frie bevægelighed er underlagt, analogt.

127. Efter min opfattelse er det ikke nødvendigt at besvare det fjerde spørgsmål. Hvis Domstolen er enig i mit forslag til afgørelse med hensyn til det tredje spørgsmål, dvs. at hr. Baumbast har en opholdsret i sin egenskab af unionsborger, er der ikke anledning til at besvare det fjerde spørgsmål. Hvis Domstolen imidlertid indtager et andet standpunkt i sit svar på det tredje spørgsmål, vil svaret på det fjerde spørgsmål blot være en gentagelse af svarene på det første og det andet spørgsmål.

IX — Forslag til afgørelse

128. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Immigration Appeal Tribunal har stillet, på følgende måde:

Det første spørgsmål: Børn, som i henhold til artikel 10 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet har taget bopæl i en værtsmedlemsstat i forbindelse med, at en af deres forældre var beskæftiget i den pågældende medlemsstat, bevarer i henhold til forordningens artikel 12 retten til at fortsætte uddannelse, som allerede er påbegyndt i værtsmedlemsstaten, og med henblik herpå at forblive i medlemsstaten. Så længe en af forældrene er beskæftiget som arbejdstager, er denne opholdsret samtidig baseret på forordningens artikel 10, hvilket også gælder i de tilfælde, hvor forældrene er skilt, og børnene ikke har fælles bolig med forælderen/arbejdstageren.

Det andet spørgsmål: I en situation, som den, der er beskrevet i svaret på det første spørgsmål, hvor børn har en opholdsret med henblik på at fortsætte deres uddannelse, har også den forælder, der passer børnene, en opholdsret, hvis det er nødvendigt, for at børnene kan udøve deres rettigheder.

Det tredje spørgsmål: Artikel 18, stk. 1, EF giver borgeren ret til at færdes og opholde sig på Den Europæiske Unions område. Omfanget af denne rettighed

bestemmes af de betingelser og begrænsninger, der er fastsat i eller i henhold til EF-traktaten. Disse betingelser og begrænsninger må imidlertid ikke resultere i, at borgerens ret mister sit materielle indhold. Den utvetydige karakter af artikel 18, stk. 1, EF kan medføre, at der i særlige tilfælde, som f.eks. hr. Baumbasts tilfælde, hvor der ikke i henhold til andre fællesskabsretlige bestemmelser foreligger en ret til at færdes og til ophold, udledes en ret til at færdes og til ophold direkte på grundlag af artikel 18, stk. 1, EF. Omfanget af hr. Baumbasts ret afgøres ved at anvende de betingelser og begrænsninger, som arbejdskraftens frie bevægelighed er underlagt, analogt.

Det fjerde spørgsmål: Det er ikke nødvendigt at besvare dette spørgsmål.