

LOVSEKRETARIATET

NOTAT

OM L 163, 2016-17 OG PRAKSIS VEDRØRENDE DISKRIMINATION

FOLKETINGET



Sammenfatning

Dette notat indeholder en analyse af L 163, 2016-17 om ændring af udlændingeloven og lovforslagets forenelighed med artikel 14 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

24. april 2017

Ref.: 16-000339-86

Det er Lovsekretariatets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at lovforslaget kan medføre forskelsbehandling, som kan være omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14 sammenholdt med artikel 8. I lyset af den sparsomme praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på dette område finder Lovsekretariatet ikke grundlag for at konkludere, hvorvidt domstolen i en konkret sag vil finde, at ordningen, som foreslås indført med L 163, er i strid med diskriminationsforbuddet eller ej.

I notatet gennemgås en række forhold, som taler henholdsvis for og imod, at lovforslaget kan anses for at være i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Baggrund

I forlængelse af Folketingets 1. behandling af lovforslag L 163, 2016-17 til lov om ændring af udlændingeloven (Ny opholdsordning for medfølgende familie til hjemvendende udlandsdanskere med visse beskæftigelsesmæssige kvalifikationer) har Udlændinge- og Integrationsudvalget anmodet Folketingets Lovsekretariat om en juridisk analyse af, om lovforslaget overholder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, herunder særligt artikel 14 om forbud mod diskrimination og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse Hode & Abdi mod Storbritannien fra 6. februar 2013.

Under punkt 1 gennemgås kortfattet de relevante dele af L 163.

Under punkt 2 gennemgås relevant praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, herunder afgørelsen Hode & Abdi mod Storbritannien.

1. L 163 om ændring af udlændingeloven

Med lovforslag L 163, 2016-17, foreslår regeringen, at der indføres en ny opholdsordning i udlændingeloven for medfølgende familie til danske

statsborgere, der er etableret i udlandet, som udgør højtlønnede og højt kvalificeret arbejdskraft, og som ønsker at vende tilbage til Danmark for at tage arbejde.

I dag skal udlandsdanskere, som vender tilbage til Danmark, opfylde de almindelige betingelser for familiesammenføring, hvis de ønsker at få ikke-danske familiemedlemmer med til Danmark. Dette omfatter blandt andet tilknytningskravet i sager om ægtefællesammenføring, som kræver, at parrets samlede tilknytning til Danmark er større end tilknytningen til et andet land, jf. udlændingelovens § 9, stk. 7. Da udlandsdanskere, som har etableret familie i udlandet, ofte har svært ved at opfylde tilknytningskravet, har der tidligere været en undtagelse i udlændingelovens § 9, stk. 7, nemlig 26 års-reglen (tidligere 28 års-reglen). 26 års-reglen indebærer, at tilknytningskravet ikke finder anvendelse, hvis den herboende person har haft dansk indfødsret i mindst 26 år. I maj 2016 afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol imidlertid afgørelsen Biao mod Danmark, hvor domstolen konkluderede, at 26 års-reglen var i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, da reglen var indirekte diskriminerende på grund af race og etnisk oprindelse.

Med lovforslag L 162, 2016-17, ophæves 26 års-reglen, og L 163 vil indføre en ny opholdsordning for medfølgende familie til visse udlandsdanskere, som vender tilbage til Danmark. Med lovforslaget får udlandsdanskere mulighed for at medbringe sin udenlandske familie efter samme lempede vilkår som udlændinge, der får opholdstilladelse i Danmark efter positivlisten eller beløbsordningen i udlændingelovens 9 a, stk. 2, nr. 1 og 2. Positivlisten og beløbsordningen giver mulighed for opholdstilladelse til en udlænding, som har indgået aftale eller fået tilbud om ansættelse inden for et fagområde, hvor der er mangel på kvalificeret arbejdskraft, eller hvor ansættelsen indebærer en årlig aflønning over et bestemt beløb (pt. 408.800 kr.). En dansk statsborger, som er etableret i udlandet, og som har fået tilbudt eller har accepteret et arbejde i Danmark, som er omfattet af positivlisten eller beløbsordningen, vil således kunne medbringe sin nærmeste udenlandske familie uden at være underlagt de normale regler for familiesammenføring.

2. Det menneskeretlige forbud mod diskrimination

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14 forbyder diskrimination i forhold til adgangen til at nyde konventionens øvrige rettigheder. Forbuddet mod diskrimination finder således kun anvendelse for forhold, som er omfattet af en af de øvrige rettigheder i konventionen. L 163 vedrører udlandsdanskernes mulighed for at udøve sit familieliv i Danmark, hvilket er omfattet af artikel 8 om retten til respekt for familieliv.

Konventionens artikel 14 forbyder ikke al forskelsbehandling, men kun diskrimination, som også kan kaldes ulovlig forskelsbehandling. I forhold til L 163, er der to centrale spørgsmål, som skal vurderes:

For det første må det vurderes, om der er tale om forskelsbehandling, som er omfattet af konventionens artikel 14 sammenholdt med artikel 8. Dette behandles i afsnit 2.1. nedenfor.

Hvis der er tale om forskelsbehandling, skal det for det andet vurderes, om denne forskelsbehandling udgør diskrimination. Ifølge den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, skal forskelsbehandling være objektivt og rimeligt begrundet, hvilket indebærer, at forskelsbehandlingen skal varetage et legitimt og rimeligt formål, og der skal være proportionalitet mellem selve forskelsbehandlingen og det forfulgte formål. Dette behandles i afsnit 2.2. nedenfor.

2.1. Er der tale om forskelsbehandling?

Når det vurderes, om der er tale om forskelsbehandling omfattet af artikel 14 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, skal det undersøges, om andre personer, der befinder sig i en sammenlignelig situation, nyder en mere fordelagtig behandling end den forskelsbehandlede. De to grupper af personer skal være i en sammenlignelig men ikke nødvendigvis komplet identisk situation, for at der kan være tale om forskelsbehandling omfattet af artikel 14.

Der skal desuden være tale om forskelsbehandling, som er baseret på en bestemt diskriminationsgrund. Artikel 14 oplister diskriminationsgrundene køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold. Ordene "ethvert andet forhold" indebærer, at listen af diskriminationsgrunde ikke er udtømmende, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i sin retspraksis fundet andre diskriminationsgrunde end dem, som er oplyst i artikel 14. Domstolen har udtalt, at en diskriminationsgrund skal være en identificerbar personlig egenskab, men at det ikke er begrænset til medfødte eller iboende egenskaber. Særligt forhold som en person er ude af stand til selv at ændre, kan være diskriminationsgrunde, for eksempel køn, race eller status som flygtning, men også andre grunde kan være omfattede, jf. afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien (sagsnr. 22341/09).

I afgørelsen Gaygusuz mod Østrig (sagsnr. 17371/90) fandt domstolen, at forskelsbehandling på grund af nationalitet var omfattet af artikel 14. Gaygusuz, der var tyrkisk statsborger, havde boet og arbejdet i Østrig i en årrække, og han blev nægtet en form for social bistand, som var forbeholdt østrigske statsborgere.

I afgørelsen Bah mod Storbritannien (sagsnr. 56328/07) fastslog domstolen, at udlændinges opholdsgrundlag kan være en diskriminationsgrund. Sagen vedrørte en flygtning fra Sierra Leone, som havde tidsubegrænset ophold i Storbritannien, og som ikke blev placeret i en gruppe af personer, som blev prioriteret i forhold til at få tildelt en bolig, fordi hendes søn havde en midlertidig opholdstilladelse, som var betinget af, at han ikke bebyrdede det offentlige. Domstolen fandt, at der var tale om forskelsbehandling på grund af opholdsstatus, og at klager var i en sammenlignelig situation med udlændinge med tidsubegrænset opholdstilladelse, hvis børn ikke havde en tidsbegrænset opholdstilladelse.

Afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien (sagsnr. 22341/09) vedrørte engelske regler som begrænsede adgangen til familiesammenføring for flygtninge, som indgik ægteskab, efter at de var flygtet fra sit oprindelsesland. Domstolen udtalte, at klager var i en sammenlignelig situation med flygtninge, som havde indgået ægteskab før sin flugt. Derudover fandt domstolen, at klager også var i en sammenlignelig situation med udenlandske studerende og arbejdstagere, da alle fire grupper af udlændinge havde tidsbegrænsede opholdstilladelser i Storbritannien. Der var tale om forskelsbehandling, da flygtninge, som havde indgået ægteskab efter sin flugt, var de eneste, som havde begrænset adgang til familiesammenføring.

Afgørelsen Okpiz mod Tyskland (sagsnr. 59140/00) vedrørte en udenlandsk børnefamilie, som havde fået afslag på børnefamilieydelse, fordi de havde tidsbegrænset opholdstilladelse af "særlige grunde", og derfor blev det vurderet, at de sandsynligvis ikke ville have et langvarigt ophold i Tyskland. Ægteparret havde boet og arbejdet i Tyskland i en årrække og havde betalt skat mv. i Tyskland. Domstolen fandt, at klagerne var i en sammenlignelig situation med udlændinge, som havde tidsbegrænset eller tidsbegrænset opholdstilladelse og dermed adgang til børnefamilieydelsen.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tager som udgangspunkt stilling til konkrete klagesager fra borgere, og domstolen udtaler sig derfor sjældent om national lovgivning generelt. I de enkelte sager overlader domstolen desuden medlemsstaterne en vis skønsmargin til selv at vurdere, om der er tale om sammenlignelige situationer. Det er en klagers opgave at påvise, at der i en konkret sag er tale om forskelsbehandling. Hvis klager kan påvise dette, påhviler det medlemsstaten at påvise, at forskelsbehandlingen kunne retfærdiggøres.

Det fremgår af høringsnotatet til L 163 fra udlændinge- og integrationsministeren, at dommen Hode og Abdi mod Storbritannien ikke tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt forskellige grupper af et lands egne statsborgere med forskellige beskæftigelsesmæssige kvalifikationer er i en

sammenlignelig situation i relation til en erhvervsmæssigt begrundet opholdsordning for medfølgende familie som den foreslåede. Udlændinge- og Integrationsministeriet vurderer, at den gruppe af udlandsdanskere, der efter forslaget kan benytte den nye opholdsordning, er kendetegnet ved at besidde særlige kvalifikationer, som Danmark har en beskæftigelsesmæssig interesse i at tiltrække, og at de derfor ikke kan sammenlignes med andre danske statsborgere, som bor i udlandet eller i Danmark.

Folketingets lovsekretariat vurderer, at det ikke kan udelukkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en konkret sag vil konkludere, at den nye ordning, som foreslås indført med L163, udgør forskelsbehandling mellem personer i en sammenlignelig situation. Domstolen har i sin praksis antydnet, at relativt forskelligartede grupper inden for udlændingeretten kan anses for at være i en sammenlignelig situation. I afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien ansås flygtninge for eksempel for at være i en sammenlignelig situation med udenlandske studerende og arbejdstagere, da alle grupperne fik tidsbegrænsede opholdstilladelser. Grupperne var sammenlignelige, selv om kun to af grupperne var attraktive for staten at tiltrække. Modsat afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien vedrører L 163 danske statsborgeres ret til familiesammenføring, men begge sager vedrører adgangen til familiesammenføring. Lovsekretariatet finder således ikke, at det kan udelukkes, at der kan være tale om forskelsbehandling, blot fordi Danmark har en beskæftigelsesmæssig interesse i at tiltrække en bestemt gruppe statsborgere.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt desuden i afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien, at der var tale om forskelsbehandling mellem flygtninge, som havde indgået ægteskab henholdsvis før og efter, at de havde forladt sit hjemland. Der kan således i visse situationer være tale om forskelsbehandling, hvis udlændingelovgivningen giver en forskellig retsstilling afhængig af, hvornår et familieliv er etableret. Det kan således heller ikke udelukkes, at der i en konkret sag kan være tale om forskelsbehandling mellem udlandsdanskere, som etablerer et familieliv med en udenlandsk ægtefælle henholdsvis før og efter at være vendt tilbage til Danmark.

På baggrund af ovenstående kan det efter Lovsekretariatets vurdering for eksempel ikke udelukkes, at gruppen af udlandsdanskere, som får en lempelig adgang til familiesammenføring med L 163, vil befinde sig i en sammenlignelig situation som en af følgende grupper:

1. Udlandsdanskere, som har fået tilbudt arbejde i Danmark, der hverken lever op til positivlisten eller beløbsordningen,

2. Udlandsdanskere, som er vendt tilbage til Danmark, har et arbejde, som er omfattet af beløbsordningen eller positivlisten, men som først efterfølgende søger at få familiemedlemmer til landet,
3. Danske statsborgere med en udenlandsk ægtefælle, som er bosiddende i Danmark, og som har et arbejde, der opfylder beløbsordningen eller positivlisten, eller
4. Udlandsdanskere, som tidligere opfyldte beløbsordningen eller positivlisten, men som er gået på pension, og som nu ønsker at vende tilbage til Danmark med sin udenlandske familie.

Kendetegnende for alle disse grupper er, at de bidrager eller har bidraget økonomisk til den danske stat, og at de har et etableret familieliv, som de ønsker at udøve i Danmark.

Hvis der er tale om forskelsbehandling, skal det vurderes, om forskelsbehandlingen kan anses for at være saglig eller om der er tale om diskrimination, jf. afsnit 2.2.

2.2. Kan en eventuel forskelsbehandling retfærdiggøres?

Forskelsbehandling, som er omfattet af artikel 14 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, kan retfærdiggøres, hvis forskelsbehandlingen er objektivt og rimeligt begrundet, hvilket indebærer at den skal varetage et legitimt og rimeligt formål, og der skal være proportionalitet mellem selve forskelsbehandlingen og det forfulgte formål. Hvis dette ikke er opfyldt, vil der være tale om diskrimination i strid med konventionens artikel 14.

Legitimt formål og proportionalitet er nogle brede kriterier, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udviklet og præciseret gennem sin retspraksis. Domstolen vil dog som oftest tage stilling til den konkrete sag, snarere end lovgivning generelt, og der er begrænset praksis, som vedrører lovgivning sammenlignelig med den ordning, som foreslås indført med L 163. Nedenfor gennemgås praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som kan tale for eller imod, at en eventuel forskelsbehandling som følge af L 163 kan retfærdiggøres.

Som nævnt ovenfor har en klager ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bevisbyrden i forhold til at påvise, at der er tale om forskelsbehandling mellem personer i en sammenlignelig situation. Hvis klager kan påvise dette, er det op til staten at bevise, at denne forskelsbehandling kan retfærdiggøres.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i adskillige afgørelser fremhævet, at medlemslandene har en vis skønsmargin til at vurdere, om det kan retfærdiggøres at foretage forskelsbehandling. Skønsmarginen vil variere

afhængig af den konkrete situation, men medlemsstaterne nyder for eksempel en bred skønsmargin i sager, der vedrører statens økonomiske politik, jf. f.eks. afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien.

I afgørelsen Hode og Abdi mod Storbritannien udtalte domstolen, at det kan være et legitimt formål for en medlemsstat at skabe incitament i udlændingelovgivningen, som tiltrækker personer, som er økonomisk attraktive for staten. I den konkrete sag fandt domstolen, at der var tale om diskrimination, men dette skyldtes blandt andet, at de nationale myndigheder selv havde konkluderet, at de engelske regler var diskriminerende.

I afgørelsen Biao mod Danmark (sagsnr. 38590/10) fremhævede domstolen, at Danmark var det eneste blandt 29 undersøgte medlemslande i Europarådet, som fandt det nødvendigt at forskelsbehandle egne statsborgere i forhold til adgangen til familiesammenføring. Dette var et element, som kunne tale imod, at en sådan forskelsbehandling kunne retfærdiggøres. I Biao mod Danmark skyldtes forskelsbehandlingen 26 års-reglen, som forskelsbehandlede mellem personer, som var født danske og personer, som senere i livet blev tildelt dansk statsborgerskab. Da denne sag vedrørte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, var Danmark pålagt en større bevisbyrde.

Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vurderer, om en forskelsbehandling er proportional, inddrager domstolen blandt andet, hvilke konsekvenser det havde for klageren. I afgørelsen Bah mod Storbritannien (sagsnr. 56328/07) fandt domstolen at der var tale om forskelsbehandling ved prioriteringen af personer, som fik hjælp til at finde en bolig. Her lagde domstolen blandt andet vægt på, at klager ikke på noget tidspunkt var blevet hjemløs, på trods af at hun ikke blev placeret i en gruppe af prioriterede personer. Domstolen lagde desuden vægt på, at klager havde været klar over den begrænsede mulighed for offentlig støtte, da hun søgte om familiesammenføring med sin søn.

Den ordning, som foreslås indført med L 163, svarer til ordningen med lempeligere adgang til familiesammenføring for udlændinge, som har opholdstilladelse i Danmark efter positivlisten og beløbsordningen i udlændingelovens § 9 a, stk. 2, nr. 1 og 2. Disse regler har ikke været efterprøvet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, men intet tyder på, at det er diskriminerende at lempe reglerne for familiesammenføring for visse økonomisk attraktive udlændinge i Danmark. Dette kan eventuelt tale for, at en lignende ordning kan indføres ift. danske statsborgere, som er etableret i udlandet.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretager som hovedregel en konkret vurdering af den enkelte klagers forhold. Domstolen vurderer således

sjældent lovgivningen som helhed. Det kan have betydning for udfaldet af den konkrete sag, i hvor høj grad klager selv har været i stand til at forbedre sin retsstilling i lyset af de danske regler, for eksempel ved at søge om opholdstilladelse på et tidligere tidspunkt m.v. I lyset af ovenstående og den sparsomme praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol finder Lovsekretariatet ikke grundlag for at konkludere, hvorvidt domstolen i en konkret sag kan vil finde, at ordningen, som foreslås indført med L 163, er i strid med diskriminationsforbuddet eller ej.