

Fri flyt av familie

På hvilke vilkår har norske borgeres familiemedlemmer rett på opphold i Norge etter EØS-retten?

Kandidatnummer: 682

Leveringsfrist: 25.05.2020

Antall ord: 16897



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskildemessige spørsmål	2
1.3.1	Innledning og begreper	2
1.3.2	EØS-rettslig metode	2
1.3.3	Motstrid	6
1.4	Videre fremstilling	7
2	EU-RETTE	8
2.1	Fri bevegelighet som prinsipp i EU-retten.....	8
2.2	Unionsborgerdirektivet	9
2.3	Materielle vilkår	10
2.3.1	Innledning	10
2.3.2	Krav til referansepersonens oppholdsgrunnlag	10
2.3.3	Personkretsen som kan få opphold.....	14
2.4	Familiemedlemmers rett til opphold i EU-borgerens hjemland.....	19
2.4.1	Referansepersonens rettighet overfor vertslandet	19
2.4.2	EU-borgeres familiemedlemmers rett til opphold i hjemlandet	20
3	EØS-RETTE	26
3.1	Fri bevegelighet i EØS-retten.....	26
3.2	Unionsborgerdirektivet	27
3.2.1	Direktivets betydning i EØS-retten	27
3.2.2	Reservasjoner ved innlemmelse av unionsborgerdirektivet.....	28
3.2.3	Praksis fra EFTA-domstolen.....	30
3.2.4	Innlemming i norsk utlendingsrett.....	34
3.3	Materielle vilkår	35
3.3.1	Krav til referansepersonens oppholdsgrunnlag	35
3.3.2	Personkretsen som kan få opphold	35
3.3.3	Ovenfor hvilken stat gjelder retten til opphold	35
3.4	Familiemedlemmers rett til opphold i EØS-borgerens hjemland.....	35
3.4.1	Innledning	35
3.4.2	Sak E-28/15 «Jabbi»	36
3.4.3	Sak E-4/19 «Campell»	41

4	KONKLUSJON OG POTENSIELLE FREMTIDIGE PROBLEMSTILLINGER	42
	
4.1.1	Gjeldende rett for EØS-borgere	42
4.1.2	Er EFTA-domstolens løsning god?	43
	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

To ganger har spørsmålet om hva som skal til for at en norsk borgers familiemedlem skal ha rett til opphold i Norge etter EØS-regelverket blitt fremmet for EFTA-domstolen.¹ I 2016 ga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse om rett til opphold i Norge for familiemedlemmer av norske borgere som hadde utøvet sin rett til fri bevegelse i et annet EØS-land. Sommeren 2019 sendte Høyesterett på ny forespørsel om uttalelse fra EFTA-domstolen om samme problemstilling. Dette er bakgrunnen for valget av tema for denne oppgaven.

I perioden 1990 til 2018 har 36 prosent av all innvandring til Norge fra land utenfor Norden skjedd på grunnlag av familieinnvandring.² Familieinnvandring både er og har vært et sterkt politisert tema, hvor det norske lovverket stadig er i endring. I samme periode har Norge forpliktet seg til EØS-avtalen³ og unionsborgerdirektivet som angir EØS-borgere og deres familiemedlemmers rett til opphold i EØS-landene.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er: hva skal til for at familiemedlemmer til norske borgere skal ha rett til opphold i Norge etter EØS-regelverket.

I norsk rett er det etter dette to sett regler for rett til opphold for familiemedlemmer som ikke er borgere i EØS-land. Et for EØS-borgere og deres familiemedlemmer, og ett for andre innbyggere. For at en norsk statsborger skal anses som EØS-borger i denne sammenhengen må retten til fri bevegelse ha vært utøvet.

Et sentralt spørsmål for å finne frem til svaret på hovedproblemstillingen er derfor: Hva skal til for at en norsk borger skal anses å ha utøvet sin frie bevegelse?

Spørsmålet er svært aktuelt da norsk høyesterett har sendt spørsmål om avklaring av om og i hvilken utstrekning norske borgers familiemedlemmer kan ha rett på opphold i Norge etter EØS-rettslige regler.

Forholdet mellom EU- og EØS-rett kan bli komplisert i de tilfeller ny primærlovgivning fra EU gjør det krevende å sikre ensartethet. Dette har kommet på spissen når det gjelder tolkningen og anvendelsen av EUs direktiv om rettigheter for unionsborgere, som er inntatt i EØS-avtalen. Fortolkningen av rettighetene i direktivet bygger ofte på både direktivet og

¹ Sak E-28/15 (Jabbi) og Sak E-4/19 (Campell)

² Sørlien og Steinkeller (2020)

³ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet.

rettigheter knyttet til unionsborgerbegrepet. Det er nettopp det som er tilfelle for problemstillingen i denne oppgaven. Hvem som har rett til opphold avhenger av om vedkommende er familiemedlem til en unionsborger etter direktivet. Utstrekningen av rett til opphold som familiemedlem til unionsborger har vist seg krevende å overføre til EØS-retten.

1.2 Avgrensninger

EØS-retten regulerer flere sider av retten til innreise og opphold for EØS-borgere og deres familiemedlemmer. Denne oppgaven holder seg til å vurdere retten til opphold for familiemedlemmer av EØS-borgere som har en annen nasjonalitet enn det som omfattes av EØS-regelverket. Andre deler av EØS-regelverket, som rett til permanent opphold og vilkår for utvisning faller utenfor. Med EØS-borgere menes statsborgere i EØS-land. Med tredjelandsborgere menes mennesker som ikke er statsborgere i EØS-land.

Oppgaven vil ikke ta for seg regelsettet som gjelder for familieinnvandring for tredjelandsborgere utover det som følger av EØS-retten.

1.3 Metode og rettskildemessige spørsmål

1.3.1 Innledning og begreper

I denne oppgaven vil rettskildene bli tolket i tråd med alminnelig juridisk metode.⁴ EØS-rettslige spørsmål krever en særskilt metode som vil bli gjort rede for i dette kapitlet. I tillegg er det noen særegenheter ved rettskildebildet og metodiske utfordringer i denne oppgaven som vil bli undersøkt og redegjort for. I dette kapitlet behandles først utgangspunkter for EØS-rettslig metode.

1.3.2 EØS-rettslig metode

1.3.2.1 EØS-rettslige tolkningsprinsipper

EØS-rettslig metode skiller seg fra annen internasjonal rett og tradisjonell norsk rettskildelære.

Tolkningslæren som anvendes i tolkningen av internasjonal rett tar utgangspunkt i Wienkonvensjonen om traktatretten. Selv om Norge ikke har ratifisert konvensjonen, legges tolkningsprinsippene til grunn som gjeldende folkerettslig sedvane.⁵ EU-domstolen har imidlertid utviklet sin egen metodikk fremfor å holde seg til Wienkonvensjonens tolkningsregler. Dette er en følge av at det i EU er et større behov for ensartethet enn ved

⁴ Eckhoff (2001).

⁵ Se for eksempel HR-2010-A avsnitt 38.

andre internasjonale avtaler, og at man har en for EU-landene bindende domstol for EU-rettslige spørsmål som kan ta høyde for og bidra til dynamisk rettsutvikling.⁶ EFTA-domstolen anvender også sin egen metode for å komme frem til resultater, og har aldri anvendt eller nevnt Wienkonvensjonens tolkingsregler.⁷

Behovet for den EØS-rettslige metode vil først være prekært der det er et tolkningsrom. Der ordlyden i regelen er klar, eller avgjørende dommer fra EFTA- eller EU-domstolen har løsningen, vil utgangspunktet være å utlede regelens innhold ut fra kildene⁸. Der regelen er uklar, må rettsadvenderen forsøke å løse spørsmålet slik en antar at EU- eller EFTA-domstolen ville løst problemet.⁹

EU-rettslig metode vil ofte innebære en større vektlegging av formålsbetraktninger enn det som følger av norsk rettskildelære. I EU-domstolen kan formålet bak en regel blir tillagt forholdsvis stor vekt, og at gå på tvers av lovteksten. Formålet bak regelsett kan til og med føre til at vilkår blir tolket bort for at formålet skal kunne nås.¹⁰ EU-rettsens bakenforliggende formål om å styrke skapelsen av en ensartet union med stadig større konformitet er noe av bakgrunnen for en slik formålsrettet tolkning. I tillegg tillegges allmenne rettsprinsipper og begrepsdannelser stor vekt.¹¹

Artikkel 1 i EØS-avtalen presiserer i første ledd at formålet med avtalen er å skape en vedvarende og balansert styrking av handel med «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler med det sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde». I artikkelens andre ledd fremkommer at «For å nå de mål som er satt i nr. 1, skal samarbeidet i samsvar med bestemmelsene i avtalen omfatte» bokstav b «fri bevegelighet for personer». Fri bevegelighet av personer er etter dette en av de grunnleggende friheter som følger av EØS-avtalen og som er et middel for å oppnå målet om et ensartet økonomisk samarbeidsområde i Europa.

Fortolkningen av avtalen er preget av et mål om å oppnå formålet om ensartethet. I avtalens fortale avsnitt 16 står det at «som tar i betraktning at avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale». Etter ordlyden i artikkel 1 og fortalen er det altså en forutsetning

⁶ Arnesen (2009) side 33.

⁷ Arnesen (2018) side 130.

⁸ Arnesen (2009) side 25.

⁹ Arnesen (2009) side 25.

¹⁰ Sag C-127/08 «Metock» avsnitt 94.

¹¹ Arnesen (2009) side 24.

at man ønsker en konform forståelse av regelverk i EØS-landene. Ordlyden «nå frem til og opprettholde» vil etter en naturlig språklig forståelse innebære et mål om å komme frem til lik praktisering og tolking av avtalen. Dette betegnes gjerne som homogenitetsprinsippet.

Prinsippet innebærer at avtalen forutsetter konform tolkning i alle land som er forpliktet av den. Det betyr at innbyggere og landene som er del av avtalen skal forholde seg lojalt og likt til avtalens innhold. Når alle medlemsstatene skal ha likt regelsett, og rettighetene som følger av avtalen skal gjelde likt på tvers av landegrensene, vil det bli relevant for å fastslå innholdet i reglene å se hen til rettspraksis fra EU-domstolen. Innholdet i en regel Norge er forpliktet til etter EØS-avtalen, og som har sin make i EU-retten, som EU-domstolen har tatt stilling til innholdet av, vil man EØS-rettslig tolke likt.

Hvor langt homogenitetsprinsippet kan strekkes uten at det går på bekostning av EØS-statenes suverenitet har det imidlertid vært debatt om. Denne problemstillingen kommer på spissen der EUs primærlovgivning har endret seg, og det ikke er et tilfelle hvor man skal tolke samme regel. Det har blitt fremholdt at i en slik situasjon må «hensynet til beskyttelse av privates rettigheter og/eller hensynet til EFTA-statenes suverenitet må trumfe homogenitetsmålsettingen i tilfeller hvor det ikke er mulig å tolke EØS-retten i samsvar med EU-retten uten å legge vekt på EU-regler som ikke er gjort til en del av EØS-avtalen».¹² Samtidig har EFTA fastholdt et uttalt formål om å komme til likt resultat selv der EUs primærrett har endret seg.¹³

I forarbeidene til lov om gjennomføring av hoveddelen av EØS avtalen er problemstillinger som kan oppstå rundt implementering og eventuell motstrid drøftet.¹⁴ Det fremheves her at «EØS-avtalen har som et vesentlig siktemål å skape et ensartet regelverk i hele EØS. Bak lover og forskrifter som gjennomfører Avtalens hoveddel og de øvrige deler av Avtalen (og senere vedtak i EØS-komiteen), ligger det en klar hensikt om å gjennomføre regelverket fullstendig og korrekt».¹⁵ Det er nærliggende å tolke utsagnet som en erkjennelse av det homogenitetsprinsippet som følger av avtalen og lovens ordlyd.

Når det gjelder metoden i tolkingen av unionsborgerdirektivet har EU-domstolen kommet med flere uttalelser om utgangspunkter de legger til grunn for tolkingen av direktivet. Den EU-rettslige tolkingen av direktivet vil ha konsekvenser for den EØS-rettslige tilnærmingen. Samtidig er utviklingen av primærlovgivningen i EU, spesielt med utviklingen av

¹² Fredriksen (2013).

¹³ Sag E-28/15 «Jabbi» avsnitt 68.

¹⁴ Ot.prp. nr. 79 (1991–1992).

¹⁵ Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) side 3.

unionsborgerbegrepet en kompliserende faktor i fastleggingen av den enkelte uttalelse fra EU-domstolens relevans for EØS-retten. Der bakgrunnen for en EU-rettslig dom om innholdet i direktivet er begrunnet i unionsborgerbegrepet, som ikke har noe motstykke i EØS-retten kan man komme i situasjoner hvor det er vanskelig å komme til samme resultat med samme begrunnelse.

1.3.2.2 Rettsavgjørelser i EØS-systemet

EFTA-domstolen avsier dommer og forberedende uttalelser om hvordan EØS-reglene skal tolkes. EFTA-domstolens uttalelser er rådgivende, men det er forutsatt i forarbeidene til EØS-loven at de vil tillegges betydelig vekt. Videre peker proposisjonen på at «Det vil nok også veie tungt for norske domstoler at det vil være opprettet en EFTA-domstol som på selvstendig grunnlag skal kunne avgjøre om et EFTA-land har brutt sin folkerettslige forpliktelse. Det forhold at reglene vil ha direkte virkning i «monistiske» EØS-land og i EF, vil også kunne medvirke til å gi EØS-reglene økt tyngde». Ordlyden i forarbeidene kan tyde på at norske lovgivende myndigheter var forberedt på og forventet at norske domstoler skulle se hen til EFTA-domstolens avgjørelser, og selv om regelsettet som følger av våre EØS-forpliktelser ikke skulle få en direkte virkning, skulle avgjørelsene ha stor tyngde ved fastsettelsen av den norske rettsregelen. Det følger videre av forarbeidene at det forutsettes at samme forrangsprinsipp som er vedtatt i protokoll 35 uansett ville følge av presumpsjonsprinsippet.

Det har også norsk høyesterett kommet til, blant annet i Rt. 2000 s. 1811 «Finanger I». Førstvoterende redegjorde for betydningen av uttalelser fra EFTA-domstolen, og uttalte at en relevant uttalelse må tillegges betydelig vekt. «Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen» skrev førstvoterende. Dette har blitt fulgt opp av Høyesterett, som i HR-2016-2554-P uttalte at «[n]asjonale domstoler [derfor normalt må] følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten og kan ikke fravike en tolkingsuttalelse av EFTA-domstolen uten at det foreligger ‘særlige grunner’». ¹⁶ En slik «særlig grunn» kan være der EFTA-domstolen kommer til andre tolkninger av et felles materiale enn EU-domstolen, og det har kommet på spissen i tolkningen av direktivet som angir rettigheter og avledete rettigheter til fri bevegelse.

EFTA-domstolen strekker seg mot samme tolking av rettskilder som EU-domstolen. I den forbindelse er det naturlig at også norske domstoler ser hen til disse kildene. Dersom EFTA-

¹⁶ HR-2016-2554-P. Se også Rt. 2013 s. 258.

domstolens avgjørelser legger stor vekt på EU-rettslige kilder vil disse indirekte få virkning når EFTA-domstolens avgjørelser er bindene for Norge. Men også EU-domstolens avgjørelser vil kunne ha en direkte betydning for hvordan de ulike bestemmelsene tolkes i norsk rett.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at når en fortolker bestemmelser som materielt sett gjennomfører EU-traktatene, og rettsakter som er vedtatt i henhold til disse, skal de fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som EU-domstolen hadde truffet forut for undertegnelse av EØS-avtalen. Etter ordlyden er det kun dommer avsagt av EU-domstolen før EØS-avtalens ikrafttredelse som den norske stat har bundet seg til å tillegge rettskildemessig vekt. Etter ordlyden i artikkel 6 vil EU-praksis avsagt etter inngåelsen av EØS-avtalen i prinsippet ikke være bindende.

Det har blitt fremholdt i juridisk teori at ordlyden i forbeholdet mot den fremtidige utvikling av rettspraksis også kan leses som et forbehold mot plikten til å tolke EØS-avtalen og forpliktelsene som følger den i samsvar med avgjørelser i EU-domstolen tatt før undertegningen, et forbehold som gir åpning til å ta hensyn til fremtidig rettsutvikling.¹⁷ Dersom man legger en slik tolkning av bestemmelsen til grunn kan den heller vise at statene var klar over muligheten for at det ville skje en gradvis utvikling av regelverket man hadde bundet seg til.¹⁸

Uansett om man velger å tolke ordlyden som et forbehold mot å la utvikling av praksis fra EU-domstolen få konsekvenser for EØS-regelverket eller ei, kan forbeholdet neppe leses som et påbud, men heller som en frihet fra at alle EU-dommer får like direkte virkning som for EUs medlemsland. EØS-landene er ikke forpliktet til å ta hensyn til etterfølgende utvikling hos EU-domstolen, men utviklingen vil uansett kunne være en relevant rettskilde

1.3.3 Motstrid

Norsk rett har et prinsipp om *lex superior*, som innebærer at Grunnloven går foran andre lover.¹⁹ Etter menneskerettsloven § 3 er det også en rekke konvensjoner som har forrang i norsk rett. I 2014 ble en del sentrale menneskerettigheter Grunnlovsfestet.

Den norske rettskildelærens forhold til internasjonal rett er i utvikling. Spørsmålet har over tid vært hvordan vi skal forholde oss til å implementere internasjonal rett i norsk rett. Bakgrunnen er at staten forplikter seg til regelsett som andre stater forventer at vi overholder.

¹⁷ Arnesen (2009) side 81.

¹⁸ Arnesen (2009) side 81.

¹⁹ Boe (2012) side 167.

Det reiser en hel del praktiske og teoretiske utfordringer, og det finnes ulike måter å løse disse på.

Norge har gjennom EØS-avtalen rettslig forpliktet seg til å gjennomføre rettsregler på utlendingsrettens område. EØS-reglernes inntog i norsk rett er forankret i EØS-loven § 2 som gjennomfører protokoll 35 og gir EØS-avtalen forrang i norsk rett. Det innebærer at dersom det konstateres ekte motstrid mellom EØS-reglene og norsk rett, må norsk rett vike.²⁰ Betydningen av EØS for norsk rett er todelt, den er både en folkerettslig forpliktelse og en god del regler er gjort til norsk lov.²¹ Tolkningen av regler som er inkorporert i norsk rett og avtalen som helhet, hvor man ikke nødvendigvis har inkorporert reglene ved å gjøre dem til norsk rett, men allikevel er folkerettslig bundet kan føre til ulike tolkningsresultater.

En av problemstillingene som reiser seg når det er tale om gjennomføringen av EØS-rettsregler til norsk rett er om reglene kan få direkte virkning eller om en skal presumere at norsk rett er i overensstemmelse med EØS-retten.

Artikkel 3 første ledd i EØS-avtalen lyder: «Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale». Ordlyden tilsier at avtalepartene, herunder Norge er forpliktet til å gjøre det som er nødvendig for å sørge for at forpliktelsene blir oppfylt. Norge har med det forpliktet seg til ikke bare å gjennomføre reglene vi har bundet oss til, men også å tilpasse lovverk og praksis i den utstrekning som er nødvendig for å oppfylle disse forpliktelsene. Betydningen av en EØS-rettslig regel for norsk rett må vurderes i to trinn. Først må innholdet i den EØS-rettslige regelen stadfestes, deretter må det vurderes om regelen binder Norge.²²

1.4 Videre fremstilling

Så langt har jeg beskrevet hva som gjør problemstillingen aktuell og redegjort for noen av de metodiske og rettskildemessige problemstillingene i denne oppgaven. Det er som nevnt spenningen mellom EU-rett og EØS-rett på grunn av utvikling i EU-rettens primærkilder som er det metodisk mest krevende. Videre fremstilling vil i kapittel 2 redegjøre for EU-retten, og fastlegge hvilken rett EU-borgeres familiemedlemmer har på rett til opphold i EU-borgerens hjemland. Deretter vil samme vurdering bli gjort for EØS-retten i kapittel 3. Bakgrunnen for denne fremstillingen er forskjellen i rettsgrunnlaget for en eventuell rett til opphold for familiemedlemmer av henholdsvis EU-borgere og EØS-borgere.

²⁰ Høgberg (2019) side 236.

²¹ Sejersted (2011) side 268.

²² Sejersted (2011) side 222.

Problemstillingen reiser EØS-rettslige kompliserte spørsmål om hvor langt homogenitetsprinsippet strekker seg i EØS-retten, om betydningen av direktiver i det EØS-rettslige rammeverket og hvor langt retten til fri bevegelighet strekker seg. Noe av bakgrunnen for usikkerheten som har rådet rundt rett på opphold i Norge for tredjelandsborgere etter EØS-regelverket kommer av utviklingen i EU-retten og hjemmelen for fri bevegelighet i henholdsvis EU-retten og EØS-retten.

Framstillingen bærer preg av at for å komme frem til det EØS-rettslige rette resultat må det tas høyde for den korresponderende EU-rettslige tilnærmingen. Det er metodisk krevende å behandle en EØS-rettslig problemstilling som er så tett knyttet til en utvikling i henholdsvis EU-retten og EØS-retten som ikke har vært i takt. Den EØS-rettslige løsningen vil påvirkes av den EU-rettslige løsningen. Derfor er oppgaven lagt opp slik at første del behandler metodiske spørsmål, andre del EU-retten og tredje del EØS-retten. I siste kapittel oppsummeres svarene denne oppgaven har kommet til, og betraktninger rundt løsningen og fremtidig utvikling blir fremsatt.

2 EU-retten

2.1 Fri bevegelighet som prinsipp i EU-retten

Prinsippet om fri bevegelighet i EU-retten fremgår av Traktaten om den Europeiske unions virkeområde (heretter TEUV) artikkel 21 første ledd som lyder: «Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect».

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at utgangspunktet for fri bevegelighet i EU-retten gir statsborgere i EU-land omfattende frihet, både til å bevege seg og bosette seg på tvers av landegrensene. Det stilles etter ordlyden ingen vilkår knyttet til at man utøver den frie bevegelighet for å styrke det økonomiske samarbeidet eller lignende.

Den frie bevegeligheten i EU er etter ordlyden i utgangspunktet svært vid. Samtidig fremgår det av bestemmelsen at retten til fri bevegelighet ikke er betingelsesløs. Det finnes grenser og vilkår for utøvelsen av den. Rettsaktene fattet i medhold av avtalen gir bestemmelser om det nærmere innholdet i rettigheten. Utgangspunktet er fastlagt i primærretten, mens skranker og vilkår er å finne i sekundærlovgivningen. For denne problemstillingen er særlig unionsborgerdirektivet relevant.

2.2 Unionsborgerdirektivet

Fortalen til direktivet angir bakgrunnen for utarbeidelsen og formålet med direktivet. Det følger av fortalens punkt 4 at formålet er å tydeliggjøre og kodifisere hvilke rettigheter unionsborgerne har til fri bevegelse. Det har også som uttalt formål å forenkle og styrke retten til fri bevegelse som unionsborger.²³ Også familiemedlemmers mulighet til å ha rett på opphold på grunnlag av den frie bevegelse er regulert av direktivet.

Direktivet sammenfatter et tidligere fragmentert regelverk om hvilke rettigheter unionsborgere og deres familiemedlemmer skulle ha til å ta opphold i andre EU-land. Direktivet endrer og erstatter en rekke direktiver.^{24 25}

Direktivet gir både rettigheter til unionsborgere, og rett til opphold for deres familiemedlemmer. Disse reglene er nedfelt i ulike kapitler i direktivet. Kapittel 1 gir generelle regler og definisjoner, kapittel 2 angir rett til å reise inn og forlate medlemsland, og kapittel tre angir rett til opphold. For å finne frem til reglene for opphold som familiemedlem er det kapittel 1 og 3 som er mest relevante.

Artikkel 7 nummer 2 i direktivet lyder: «The right of residence provided for in paragraph 1 shall extend to family members who are not nationals of a Member State, accompanying or joining the Union citizen in the host Member State». Ordlyden av at en rettighet skal forlenges fra en unionsborger til en tredjelandsborger tilsier at oppholdsrett for tredjelandsborgere er avledet fra og avhengig av EU-borgerens rett til fri bevegelse. Det følger av fortalens punkt fem at for at retten til fri bevegelse for alle unionsborgere «is to be exercised under objective conditions of freedom and dignity, be also granted to their family members, irrespective of nationality». Ordlyden i dette punktet i fortalen taler for at retten til opphold for familiemedlemmer er et middel for å realisere retten til fri bevegelse for statsborgere i EU-landene. Avledet rett til opphold for familiemedlemmer er etter ordlyden nødvendig for at retten til fri bevegelse skal kunne utøves fritt og med verdighet. Ordlyden «objective conditions» og «irrespective of nationality» tilsier at tredjelandsborgere må innrømmes denne retten for at det ikke skal forekomme en forskjellsbehandling som kan være til hinder for den frie bevegelse.

²³ Unionsborgerdirektivet fortalen punkt 3.

²⁴ Regulation EEC no 1612/69, 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC og 93/96/EEC.

²⁵ Unionsborgerdirektivet fortalen punkt 4.

Også rettspraksis fra EU-domstolen underbygger at retten for opphold for tredjelandsborgere er avledet av og begrunnet i å sørge for realitet i retten til fri bevegelighet. Dette påpekes blant annet i C-127/08 “Metock” avsnitt 62, hvor domstolen uttalte at «if Union citizens were not allowed to lead a normal family life in the host Member state, the exercise of the freedoms they are guaranteed by the Treaty would be seriously obstructed». Ordlyden EU-domstolen bruker vil etter en naturlig språklig forståelse innebære at dersom EU-borgere ble hindret fra å leve et normalt familieliv i det medlemslandet borgeren utøvde sin frie bevegelighet i, ville det være et hinder for den frie bevegelighet.

EU-domstolen har presisert at retten til opphold ikke er autonom for tredjelandsborgeren, men *avledet* fra unionsborgerens rett til fri bevegelighet. I sak C-86/12 “Alokpa and Mondoulu” uttalte den for eksempel at

«it should be recalled that any rights conferred on third-country nationals by the Treaty provisions on Union citizenship are not autonomous rights of those nationals but rights derived from the exercise of freedom of movement by a Union citizen».²⁶

Ordlyden understreker at tredjelandsborgere ikke har rett på opphold etter EU-retten basert på hvem de er, men på grunn av hensynet til den unionsborgeren de er i familie med sin rett på fri bevegelighet.

2.3 Materielle vilkår

2.3.1 Innledning

Direktivet er preget av brede definisjoner av familie sammenlignet med enkeltlands lovgivning, av at det ikke stilles absolutte krav om inntekt med videre. I tillegg kan det i liten grad tas skjønnsmessige avveininger av hvem som har avledet rett til opphold som familiemedlem. Dette følger av den grunnleggende retten til fri bevegelighet, og når familie etter direktivet også anses nødvendige for å oppfylle retten til fri bevegelighet vil også kravene for opphold for dem være lempeligere.

2.3.2 Krav til referansepersonens oppholdsgrunnlag

2.3.2.1 Betydningen av krav til oppholdsgrunnlag

Direktivets artikkel 6 gir rett til opphold i inntil tre måneder. Det følger av artikkelens første ledd at alle unionsborgere har rett på opphold i inntil tre måneder i en annen medlemsstat «without any conditions or any formalities other than the requirement to hold a valid identity card or passport». Ordlyden gir unionsborgere rett til å oppholde seg i en annen medlemsstat i

²⁶ Sag C-86/12 ”Alokna And Mondoulu” avsnitt 22.

inntil tre måneder uten at det stilles noen andre vilkår enn at en har identitetspapirer. Etter bestemmelsens andre ledd gjelder denne retten også familiemedlemmer fra tredjeland. Retten til opphold i mer enn tre måneder følger av artikkel 7.

Artikkel 7 (1) lyder: «All Union Citizen shall have the right of residence on the territory of another Member State for a period longer than three months if they» deretter følger fire alternativer i bokstav a til c. Ordlyden gir unionsborgere rett på opphold ut over tre måneder dersom EØS-borgeren oppfyller vilkårene som følger av bestemmelsen.

For å ha rett til opphold i mer enn tre måneder, stilles det i artikkel 7 (1) vilkår til referansepersonen om å enten være i arbeid, selvstendig næringsdrivende, studere eller ha midler nok. Familiemedlemmenes rett til opphold er betinget av at referansepersonen oppfyller vilkåret, sammenhengene følger av artikkel 7 (2) og artikkel 7 (3).

I det følgende blir de forskjellige alternativene i korthet redegjort for.

2.3.2.2 Arbeidere og selvstendig næringsdrivende

Første alternative oppholdsgrunnlag følger av direktivteksten i artikkel 7 (1) bokstav a som lyder «are workers or self-employed persons in the host member state». Ordlyden krever kun at referansepersonen arbeider, enten som ansatt eller selvstendig næringsdrivende. Ordlyden legger ikke opp til noen vurdering av hvilken inntekt som må følge av en slik jobb eller som resultat av arbeidet som selvstendig næringsdrivende.

Ordlyden isolert tilsier at alle EU-borgere som er ansatt i et annet medlemsland ha rett til opphold utover den tre måneder lange visumfrie perioden der. Samtidig stiller ordlyden in the host member state» etter en naturlig språklig forståelse som vilkår at statusen som arbeider eller selvstendig næringsdrivende er lokalisert i medlemsstaten.

Det følger av rettspraksis fra EU-domstolen at begrepet «arbeidstaker» må tolkes bredt.²⁷ Det essensielle for å anses som arbeider i EU-rettslig forstand er om man i en periode yter tjenester for en annen, som man får betalt for.²⁸ Det stilles ikke krav til hvor stor inntekten har vært eller hvor mange timer i uka som har blitt brukt til arbeid.²⁹ Men arbeidet må være effektivt og genuint, eller faktisk. Det kan ikke være et ubetydelig tillegg.³⁰

²⁷ Sag C-46/12 "L.N." avsnitt 39.

²⁸ Sag C-46/12 "L.N." avsnitt 40.

²⁹ Sag C-46/12 "L.N." avsnitt 41 og C-344/87 "Betray" avsnitt 15.

³⁰ Sag C-46/12 "L.N." avsnitt 42.

Etter dette vil en kvalifisere som arbeider i direktivets forstand dersom man er i et faktisk arbeidsforhold, selv om lønnen er lav og arbeidet er på deltid.

2.3.2.3 Egne tilstrekkelige midler

Artikkel 7 (1) bokstav b gir rett til opphold utover tre måneder for unionsborgere som har «sufficient resources» til seg selv og sine familiemedlemmer til å ikke bli en byrde for «the social assistance system» til vertsstaten. Unionsborgeren må også ha «comprehensive sickness insurance cover in the Host Member state». Etter ordlyden må to kumulative vilkår være oppfylt for at unionsborgeren skal ha rett til opphold utover tre måneder etter denne bokstaven.

Unionsborgeren må ha tilstrekkelige midler til både seg selv og familiemedlemmene. Tilstrekkelige midler er ikke definert utover at de ikke må bli en byrde for vertsstatens velferdssystem. Ordlyden og tolkningsnormen for direktivet som innebærer å tolke innholdet i den bredt og i tråd med formålet om å fremme fri bevegelse taler for at statene ikke kan stille noen særligere ytterligere krav til hvor store ressurser unionsborgeren har utover at unionsborgeren og familien ikke blir en byrde for velferdssystemet i vertsstaten. . Hva som er tilstrekkelige midler for å ikke være en byrde for velferdsstaten vil antageligvis kunne arte seg ulikt fra familie til familie.

Det andre vilkåret som må være oppfylt etter denne bokstaven er at unionsborgeren må ha sykeforsikring som dekker borgeren og familien. Dette kan tolkes som et tilleggsvilkår som ytterligere reduserer den eventuelle byrde økonomisk ikke-aktive unionsborgere og familien utgjør ved at heller ikke helsesystemet i vertstaten blir påvirket i noen særlig grad av at de oppholder seg i landet.

Bokstaven inneholder ingen angivelse av hva slags dokumentasjon som kreves for å oppfylle vilkåret. Imidlertid kan svaret søkes i en sammenligning med artikkelens bokstav c annet strekpunkt.

Artikkel 7 (1) (c) annet strekpunkt gir et alternativt oppholdsgrunnlag for økonomisk ikke-aktive personer. Den stiller delvis tilsvarende vilkår som bokstav (b), men inneholder også måter å bevise tilgangen på tilstrekkelige ressurser på. Den stiller krav om «comprehensive sickness insurance cover» uten noen nærmere beskrevet krav til dokumentasjon. Dette må formodningsvis innebære at kravet til dokumentasjon er det samme som i bokstav b. Når det ikke er oppgitt noen måte å dokumentere at man har en slik forsikring på, vil en naturlig antagelse være at unionsborgeren må kunne legge frem forsikringsbevis.

Bokstav c stiller også krav om at unionsborgeren må ha tilstrekkelige midler til å ikke bli en byrde for velferdssystemet. Men bokstaven angir også på hvilken måte dette kan godtgjøres ovenfor vertsstaten. Ordlyden stiller opp kravet om sykeforsikring og «assure the relevant national authority, by means of declaration or by such equivalent means as they may choose, that they have sufficient resources». Kravet som stilles til dokumentasjon i bokstav c er etter dette at unionsborgeren må inngi egenerklæring om at den har tilstrekkelige midler til å ikke bli en byrde for vertsstatens velferdssystem.

Etter dette er det et skille mellom bokstav b og bokstav c andre strekpunkt, hvor bokstav c andre strekpunkt kun krever egenerklæring, mens bokstav b ikke stiller noen dokumentasjonskrav. For å finne terskelen i bokstav b, kan en se til systemet og rettighetene som følger opphold etter bokstav b og bokstav c.

Det følger av artikkel 7 (4) at det er et skille mellom hvilke familiemedlemmer som har rett til opphold basert på oppholdsgrunnlaget til unionsborgeren. Der begrenses familiemedlemmene som har rett til opphold sammen med unionsborgeren som har opphold etter artikkel 7 (1) bokstav c til ektefelle, partner og barn, og forfedre som beskrevet i artikkel 3 (2). Det er dermed gjort en innstramming i hvilke familiemedlemmer som har rett på opphold sammen med unionsborgeren dersom denne har opphold etter artikkel 7 bokstav b.

At kravet til dokumentasjon i bokstav c er en erklæring, i motsetning til dokumentasjon på faktiske midler, kan tale for at for å oppfylle vilkåret i bokstav b må tolkes til å frembringe faktisk dokumentasjon på midler for eksempel ved hjelp av kontoutskrift eller lignende. At unionsborgere e som har opphold etter bokstav b har rett til å ha med seg en større personkrets enn de som har opphold etter bokstav c taler også for denne løsningen. Der terskelen for dokumentasjon er satt til egenerklæring kan er den avledete retten til opphold snevrere. Systembetragtninger taler da for at det stilles høyere krav til dokumentasjon der retten til å ha med seg familiemedlemmer er større og dokumentasjonskravet ikke er definert.

2.3.2.4 Studenter og erklært selvforsørgende

Direktivets artikkel 7 (1) bokstav c punkt 1 angir at unionsborgere omfattes av retten til opphold ut over tre måneder dersom de: «are enrolled at a private or public establishment», er tatt opp ved privat eller offentlig skole, «accredited or financed by the Host Member State», som er akkredert eller finansiert av vertsstaten, «for the principal purpose of following a course of study including vocational training», med det hovedformål å følge et studieløp, inkludert fagskole.

Etter ordlyden er studenter som er opptatt ved et godkjent universitet omfattet av bestemmelsen. Minstekravet til opphold etter bestemmelsen er at studiestedet er akkreditert. Det vil innebære alle offentlig godkjente studiesteder og retninger.

2.3.2.5 Krav til oppholdsgrunnlag oppsummert

Oppsummert kan oppholdsgrunnlaget for referansepersonen være både arbeid, studier, selvstendig næringsdrivende og at man har tilstrekkelige midler til å klare seg. Dersom man er student eller kun erklærer at man har tilstrekkelige midler, uten dokumentasjon, blir personkretsen av familiemedlemmer som omfattes av rett til opphold redusert.

2.3.3 Personkretsen som kan få opphold

2.3.3.1 Familiebegrepet

«Familie» er et vidtrekkende begrep. Svaret på hvem som faller innunder et familiebegrep vil kunne være ulikt ut fra hvem man spør. Uten noen definisjon vil svært mange kunne falle inn under begrepet. Derfor er det vanlig å lage rettslige rammer for hvem som anses som familie på ulike rettsområder, så også i EU-retten. Direktivet har definert ulike relasjoner som familie, og med ulike vilkår for at familiemedlemmene skal ha rett på opphold. Hovedskillelinjen går mellom familiemedlemmer som på vilkår har rett på opphold, som fremgår av direktivets artikkel 2, og familiemedlemmer som vertsstatene er forpliktet til å vurdere å gi opphold etter artikkel 3.

2.3.3.2 De nære familiemedlemmer

De familiemedlemmer som etter artikkel 2 har rett på opphold dersom andre vilkår er oppfylt, er ektefeller, partnere, barn under 21 år, forsørgede barn over 21 år og forsørgede forfedre.

Etter praksis fra EU-domstolen har det ingen betydning om ekteparet er likekjønnet eller ei, basert på unionsborgerbegrepet og forpliktelsen til den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8.³¹

Barn, eller etterkommere har rett til opphold dersom de andre vilkårene er oppfylt opp til de fyller 21 år. Aldersgrensen ligger tre år høyere enn det som følger av alminnelig norsk utlendingsrett.³²

Det følger av praksis i EU-domstolen at der det ikke finnes noen definisjon er det nødvendig å ikke kun vurdere ordlyden, men også konteksten ordene står i og formålet med reglene de er

³¹ Sag C-73/16 "Coman" avsnitt 49 og 50.

³² Utlendingsloven § 42 første ledd

en del av.³³ Det taler for at «direct descendant» må tolkes bredere enn kun de biologiske etterkommerne. Det har også EU-domstolen kommet til i C-129/18 der den i avsnitt 54 kommer til at «direct descendant» må ha en tilknytning til konseptet «parent-child relationship» som igjen må tolkes bredt slik at det dekker et hvert forhold mellom foreldre og barn – uavhengig av om det er biologisk eller juridisk. Etterkommere i direktivet vil både innebære biologiske og ikke-biologiske barn, så lenge det er et «parent-child relationship» med tilstrekkelig styrke i bunn. Barn som er adoptert vil falle innenfor begrepet.

Direktivets artikkel to andre ledd bokstav c omhandler «dependent direct relatives in the ascending line» til både unionsborgeren og ektefellen eller partneren. For å oppfylle dette personkrets vilkåret må personen både være «dependent» og «direct relatives in the ascending line».

En naturlig språklig forståelse av leddet taler for at det er kumulative vilkår som må oppfylles for at en forfedre skal ha oppholdsrett etter direktivet. Søkeren må både være «dependent» eller avhengig av, enten unionsborgeren eller dennes ektefelle/partner og det er kun forfedre i direkte oppadgående slektslinje til enten unionsborgeren eller dennes ektefelle/partner som omfattes.

Ordlyden «direct ascendants» kan tolkes enten som at det kun er de direkte forfedrene, foreldrene, eller også andre forfedre i direkte linje, både foreldre, besteforeldre og oldeforeldre. I direkte oppadgående slektslinje som omfattes. På den ene siden vil utgangspunktet i tolkningen av internasjonale avtalers ordlyd innebære å utvise varsomhet i å tolke dem utvidende, og slik sett er det nærliggende å tolke direkte forfedre som de i en slektslinje over. På den annen side tilsier EU-domstolens praksis hvor viktigheten av å tolke bestemmelsene bredt og i tråd med formålet, at man skal legge en utvidende tolkning til grunn der direktivet ikke klart definerer begrepene. En slik tilnærming til spørsmålet vil føre til at alle i direkte oppadgående slektslinje må innlemmes.

For både forfedre og barn over 21 år er det vilkår om at de må være forsørgede for å ha rett til opphold etter direktivet. Forsørgelsen må være «factual situation characterized by the fact that material support for that family member is provided by the Community national who has exercised his right of free movement or by his spouse».³⁴

³³ Sag 127/08 "Metock" avsnitt 84.

³⁴ Sag C-1/05 "Jia" avsnitt 35.

Etter dette har ektefeller, partnere, barn under 21 år, barn over 21 år som blir forsørget og forfedre som blir forsørget omfattet av direktivet. Dersom de andre vilkårene er oppfylt har disse krav på opphold. Det innebærer at for unionsborgere er denne gruppa, som har rett på opphold, større enn for andre innbyggere i Norge. Partnere og ektefeller har tilsvarende rett på bakgrunn av personkrets i norsk tredjelandslovgivning, men barn har kun rett opp til 18 år og forsørgede barn og foreldre er avhengig av en mer skjønnsmessig vurdering enn en ren faktavurdering som følger av EU-praksisen. I tillegg til disse gruppene som har rett på opphold, har direktivet egne bestemmelser som skal ivareta familien i en bredere kontekst.

2.3.3.3 *Utvidet familie*

Direktivets artikkel 3 punkt 2 pålegger statene å vurdere og legge til rette for opphold for familiemedlemmer utover de som er gitt rett til opphold etter artikkel 2. Første ledd av artikkel 3 punkt to lyder:

«Without prejudice to any right to free movement and residence the persons concerned may have in their own right, the host Member State shall, in accordance with its national legislation, facilitate entry and residence for the following persons».

Etter sin ordlyd pålegger direktivet medlemsstatene å tilrettelegge for innreise og opphold for den personkretsen som følger i punkt a og b. Å legge til rette for innreise og opphold i tråd med egen lovgivning er en annen tilnærming enn under artikkel 2 i direktivet. Der artikkel 2 pålegger statene å gi de familiemedlemmene som omfattes rett til adgang til riket, og opphold ved nærmere angitte vilkår, pålegger artikkel 3 i utgangspunktet ikke statene en plikt til å gi opphold. Den stiller imidlertid krav om at statene skal tilrettelegge for innreise og opphold i tråd med egen lovgivning.

Artikkel 3 pålegger etter dette ikke statene å innvilge familiemedlemmene opphold, men artikkelens andre ledd pålegger statene å undersøke mulighetene for, og begrunne eventuelle avslag av, slikt opphold. Artikkel 3 (2) andre ledd lyder «the host Member State shall undertake an extensive examination of the personal circumstances and shall justify any denial of entry or residence to these people». Dette leddet pålegger etter sin ordlyd statene å undersøke grundig de personlige forholdene og begrunne eventuelt avslag.

Artikkel 3 må ses i sammenheng med fortalens punkt 6 som fremholder at «in order to maintain the unity of the family in a broader sense and without prejudice to the prohibition of discrimination on grounds of nationality...should be examined by the host Member State on the basis of its own national legislation, in order to decide whether entry and residence should be granted to such persons, taking into consideration their relationship with the Union citizen or any other circumstances, such as their financial or physical dependence on the Union

Citizen». Fortalen gir uttrykk for at familierelasjoner utover de som er definert i artikkel 2, må vurderes av medlemsstatene. Men vurderingen skal fortsatt skje på bakgrunn av «its own national legislation», og kan vanskelig tas til inntekt for noe annet enn at medlemsstatene er pålagt å undersøke hvorvidt familiemedlemmet burde innvilges innreise og opphold.

Etter ordlyden i artikkel 3 annet ledd og fortalens punkt 6, er medlemslandene pliktige å undersøke om tredjelandsborgere som er i en familierelasjon med en unionsborger, men som ikke omfattes av direktivets artikkel 2, skal gis opphold i medhold av statenes egen lovgivning. Denne sekkebestemmelsen er således mer av en «kan» regel ovenfor medlemsstatene, enn pålegget som følger av direktivets artikkel 2.

Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. Nedenfor vil det redegjøres for tilfeller der EU-domstolen har avsagt dom eller uttalelse som pålegger statene å innvilge oppholdsrett til familiemedlemmer som faller utenfor definisjonene i direktivets artikkel 2. Artikkel 3 (2) bokstav a omfatter «any other family members» som faller utenfor definisjonen i artikkel 2 (2). Det er en svært bred definisjon, som gir rom for at alle familiemedlemmer kan omfattes. Definisjonen begrenser ikke betydningen av «familie» på noen måte, stiller ikke – som i artikkel 2 (2) bokstav c og b – krav om slektslinjer el. Alt dette taler for at alle i prinsippet kan omfattes av begrepet. En slik forståelse er også i tråd med målsetningen i fortalens punkt 6, om å verne om familiebegrepet utover det som følger av artikkel 2 (2). En slik bred forståelse vil inkludere både søsken, søskenbarn, tanter, onkler, og ikke-biologisk eller valgt familie.

Det følger også av bokstaven at i tillegg til å være i familie men falle utenfor definisjonen i artikkel 2 (2), stilles følgende vilkår: «in the country from which they have come, are dependants or member of the household of the Union citizen having the primary right of residence, or where serious health grounds strictly require the personal care of the family member by the Union citizen». Her stilles flere vilkår. Familiemedlemmet må være “dependant” av eller medlem av husstanden til unionsborgeren, eller på grunn av alvorlige helseproblemer bli stelt/ivaretatt av unionsborgeren.

Her er, i motsetning til i artikkel 2 (2), alle vilkår knyttet til unionsborgeren, ikke ektefellen eller partneren til unionsborgeren. Det begrenser etter ordlyden rekkevidden av hvem som anses som familiemedlemmer til unionsborgerens slektninger. Videre må familiemedlemmet oppfylle ett av tre alternative vilkår. Det første vilkåret er å være «dependant», uten nærmere redegjørelse. Det kan nok legges til grunn at den samme terskelen for å oppfylle vilkåret for forsørgede etterkommere og forfedre, kan legges til grunn her. Se punkt 3.5 for nærmere redegjørelse som hva som innebefattes i kravet om å være «dependant».

Alternative vilkår nummer to er «member of household». Etter ordlyden er det ingen begrensing utover å være i samme husstand, men hva det faktisk innebærer er ikke definert. Derfor må begrepet tolkes i tråd med sin ordlyd, sett hen til formålet med bestemmelsen, helheten av direktivet og konteksten den står i. Å være medlem av husstanden innebærer som regel at man bor sammen, og et tolkningsalternativ er at dette er det eneste som kreves. Altså en bred definisjon som er enkel å følge opp for medlemsstatene. Et annet tolkningsalternativ er at familiemedlemmet må være en del av unionsborgerens husstand i den forstand at unionsborgeren har familiemedlemmet under sin omsorg på noe vis. Man kan tenke seg at det andre alternativet ville omfattet unionsborgerens mindreårige bror som unionsborgeren har omsorg for i en aller annen grad, mens det første alternativet også ville omfatte denne broren som voksen og selvforsørgende. Hvis man ser dette i sammenheng med at det allerede finnes et alternativ for familiemedlemmer som er «dependant», og at formålet med bestemmelsen som resitert i direktivets fortale er å sikre praksis som også ivaretar familien i en bredere forstand, er det nok det første tolkningsalternativet som må legges til grunn.

Det tredje alternative vilkåret er «where serious health grounds strictly require the personal care of the family member by the Union citizen». Etter ordlyden fremstår alternativet som snevert. For å kvalifisere må familiemedlemmet på grunn av alvorlige helsemessige forhold ha personlig omsorg fra unionsborgeren.

De tre alternative vilkårene hever terskelen for hvem som omfattes av bestemmelsen, som i utgangspunktet gjelder alle familiemedlemmer. Disse tre gruppene familiemedlemmer plikter medlemsstatene å vurdere om skal få opphold og de må begrunne det dersom de ikke skal få det. Selv om regelen ikke pålegger medlemsstatene å innvilge opphold, pålegges de å vurdere om det skal gis opphold, og må begrunne det dersom de ikke vil innrømme dem opphold.

Etter artikkel 3 (2) bokstav b, skal medlemsstatene også vurdere å gi opphold til «the partner with whom the Union citizen has a durable relationship, duly attested». Hva «durable relationship» innebærer er ikke nærmere definert. Etter ordlyden må det være snakk om et forhold av en viss varlighet, slik at man er å anse som i en familiær relasjon med hverandre. Det stilles etter ordlyden ikke krav til at man må ha bodd sammen el, men forholdet skal være «duly attested». Partnerskapet eller forholdet må etter det kunne attesteres, eller vises å være «durable» eller varig.

2.3.3.4 Personkrets oppsummert

Det er etter dette en vid krets av personer som har krav til å bli vurdert om hvorvidt de faller innenfor direktivets virkeområde. Oppsummert kan personkretsvilkåret og familiemedlemmene som kan få opphold etter bestemmelsene i direktivet deles i to grupper. De som dersom de andre vilkårene er oppfylt har rett på opphold, og de som har rett på å få

vurdert om de skal få opphold utgjør til sammen en større gruppe enn hva de fleste europeiske lands lovgivning åpner for.

2.4 Familiemedlemmers rett til opphold i EU-borgerens hjemland

2.4.1 Referansepersonens rettighet overfor vertslandet

Direktivet har som formål å tilrettelegge for fri bevegelighet til andre medlemsland, og etter ordlyden i artikkel 7, «right of residence on the territory of another Member State» er det opphold i andre medlemsland som reguleres, ikke hjemlandet. Denne avgrensingen har flere implikasjoner.

For det første innebærer den at en EU-borger i de fleste tilfeller har større mulighet på å få leve ut et familieliv med tredjelandsborgere i et annet medlemsland enn i hjemlandet sitt dersom vilkårene for familieinnvandring i hjemlandet er strengere enn de er etter direktivet. Dette da vilkårene som følger av medlemslandenes lovgivning for innvandring ofte vil være strengere enn de som følger av retten til fri bevegelighet og vilkårene oppsatt i unionsborgerdirektivet.

Allikevel har det vært praksis i EU-retten at retten til opphold for familiemedlemmer også må gjelde i hjemlandet dersom retten til fri bevegelighet har blitt utnyttet.

I tolkningen av direktivets innhold og anvendelsesområde har EU-domstolen i stor grad brukt artikkel 21 i TEUV som begrunnelse for direktivets rekkevidde, og for hvor vid tolkningen av direktivet må være. For EØS-retten har dette bydd på tolkningstekniske utfordringer, da man ikke har en tilsvarende bestemmelse med like vidtrekkende innhold. Denne spenningen og utfallet av rettskildebruken vil være avgjørende for hvor innholdet i retten til opphold som familiemedlem av EØS-borger.

I EU-retten bygger mye av rettspraksisen om omfanget av rettighetene til tredjelandsborgere etter direktivet på en tolkning sammenholdt med unionsborgerbegrepet og dennes tilknytning til TEUV artikkel 21. Direktivet blir tolket i tråd med TEUV artikkel 21³⁵, som gir unionsborgere rett til fri bevegelighet i den europeiske unionen. EØS-retten har ikke et tilsvarende begrep med like mange rettigheter, og når EU-domstolen i stadig større grad søker støtte for sin tolkning av direktivet i TEUV artikkel 21, og etter hvert knytter retten til fri bevegelighet til TEUV enn til direktivet, oppstår vanskelige EØS-rettslige tolknings spørsmål.

³⁵ Se Sag C-456/12 «O. og B» og Sag C-673/16 «Coman».

I den videre fremstillingen blir praksis fra EU-domstolen om rett til opphold i hjemlandet til EU-borgeren presentert, og den EU-rettslige regelen for opphold i unionsborgerens hjemland fastlegges.

2.4.2 EU-borgeres familiemedlemmers rett til opphold i hjemlandet

2.4.2.1 Innledning

Direktivet gjelder som utgangspunkt kun avledet rett til opphold i et annet land enn der EU-borgeren er statsborger.³⁶ Rettspraksis fra EU-domstolen gir imidlertid grunnlag for avledet rett til opphold for tredjelandsborgeren også i EU-borgerens hjemland. EU-domstolen har avsagt flere relevante dommer om rett til opphold for tredjelandsborgere i EU-borgerens hjemland. I fastleggingen av den EU-rettslige regelen for rett til opphold i unionsborgerens hjemland er disse dommene sentrale, og blir behandlet i det følgende.

2.4.2.2 Rett til opphold ved retur etter utøvd rett til fri bevegelighet

Den første saken som ga familiemedlemmer til EU-borgere rett på avledet rett til opphold i EU-borgerens hjemland er SagC-370/90 «Singh» som ble avsagt av EU-domstolen i 1992. De faktiske forholdene i saken var at en tredjelandsborger hadde hatt avledet rett til opphold i Tyskland på bakgrunn av ekteskap med en britisk statsborger som utøvde sin rett på fri bevegelighet til å ta arbeid der. Tredjelandsborgeren hadde hatt rett til opphold på grunnlag av EU-retten i Tyskland. Spørsmålet var om avledet rett til opphold etter EU-retten også kunne gjelde for tredjelandsborgeren ved retur til Storbritannia.

Om rett til fri bevegelighet uttalte domstolen at «[t]hese rights cannot be fully effective if such a person may be deterred from exercising them by obstacles raised in his or her country of origin to the entry and residence of his or her spouse».³⁷ Etter ordlyden er domstolen tydelig på at retten til fri bevegelighet ikke kan være fullt ut effektiv, dersom hjemstaten hindrer tilbakereise sammen med familiemedlemmene som har rett til opphold i et annet medlemsland. Vilkår for opphold for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EU-borger som har utøvet retten til fri bevegelighet ble ansett som en hindring for den frie bevegeligheten.

Videre uttalte domstolen at

«[a]ccordingly, when a Community national who has availed himself or herself of those rights returns to his or her country of origin, his or her spouse must enjoy at least

³⁷ Sag C-370/90 «Singh» avsnitt 22.

the same rights of entry and residence as would be granted to him or her under Community law if his or her spouse chose to enter and reside in another Member State».³⁸

Ordlyden tilsier at de til enhver tid gjeldende reglene for opphold etter EU-retten til fri bevegelse også må gjelde ovenfor hjemlandet for de familiene som har brukt retten til fri bevegelse. Ordlyden «at least the same rights of entry and residence» tilsier at rettighetene og vilkårene som tredjelandsborgere har til opphold i andre medlemsland er terskelen for rett til opphold i unionsborgerens hjemland. At tredjelandsborgeren skal ha minimum de samme rettighetene tyder på at vilkårene for opphold i hjemlandet undertiden kan være lempeligere enn i et annet medlemsland.

Dommen endret rettstilstanden for EU-borgers familiemedlemmer. Fra at avledet rett til opphold gjennom EU-retten kun var noe som kunne påberopes ovenfor andre medlemsland, til at også EU-borgerens hjemland kunne bli pålagt å gi familiemedlemmer til EU-borgere rett til opphold.

De faktiske forutsetningene i «Singh» er at utøvelsen av den frie bevegelse skjer «på nytt» ved tilbakekomsten. Dommen kommenterer ikke hva utfallet hadde vært dersom det ikke var slik at EU-borgeren skulle være økonomisk aktiv i hjemlandet, eller hvor mye eller lite som skal til for at en EU-borger som vender hjem skal anses å nyte rett til fri bevegelse.³⁹

EØS-rettslig er dommen knyttet til en bestemmelse om fri bevegelse som retter seg mot arbeidstagere, i likhet med EØS-avtalens artikkel 28. Den har også hatt realitet for den EØS-rettslige stillingen til arbeidstakere som returnerer til hjemlandet.

Den andre domsavsigelsen fra EU-domstolen om rett til avledet opphold ved retur for arbeidstagere er Sag C-291/05 «Eind» som ble avsagt i 2007. Sakens faktiske side var at en nederlandsk statsborger, som opprinnelig hadde statsborgerskap fra Surinam, flyttet til Storbritannia for å arbeide. I Storbritannia fikk han oppholdskort, og datteren hans, som var surinamsk statsborger, flyttet til Storbritannia. Hun fikk avledet oppholdsrett fra sin far der. Når EU-borgeren returnerte til Nederland, var han blitt syk og kunne ikke jobbe.⁴⁰

Spørsmålet i saken var om tredjelandsborgeren, datteren, hadde rett på opphold selv om faren ikke arbeidet i hjemlandet. Spørsmålet ble om også økonomisk ikke-aktive hadde rett til å ta

³⁸ Sag C-370/90 «Singh» avsnitt 22.

³⁹ Sejersted (2011) side 361.

⁴⁰ Sag C-291/05 «Eind»

med familien fra et tredjeland hjem etter å ha utøvd fri bevegelighet til et annet land. Saken skilte seg fra Sag C-370/90 «Singh» i at EU-borgeren ikke dro tilbake til hjemlandet for å utøve sin frie bevegelighet til å ta arbeid.

Saken hadde sitt tidsmessige utspring fra før direktivet ble innført, og Nederland argumenterte med at siden statsborgeren ikke var økonomisk aktiv i hjemlandet kunne ikke datteren få en avledet rett til opphold etter EU-retten.

Domstolen tok utgangspunkt i retten til fri bevegelighet og vurderte om nektelse av rett til opphold ved tilbakereise til hjemlandet. Den la ikke i særlig grad vekt på det faktum at EU-borgeren ikke skulle være økonomisk aktiv i hjemlandet. Domstolen kom til at tredjelandsborgeren hadde rett på opphold i Nederland.

Sag C-370/90 «Singh» og Sag C-291/05 «Eind» la grunnlaget for rett til opphold i EU-borgers hjemland etter EU-regelverket for tredjelandsborgere. Begge sakene gjaldt EU-borgere som hadde utøvet sin rett til fri bevegelighet og senere reiste tilbake til hjemlandet. Hovedpoenget i sakene var at dersom retten til opphold for familiemedlemmer ved retur var svakere enn dersom EU-borgerne hadde valgt å flytte til et annet land, ville det innebære en hindring for den frie bevegelighet til hjemlandet.

I begge sakene hadde EU-borgeren vært økonomisk aktiv i vertslandet, og de hadde oppholdt seg der en vesentlig periode, i henholdsvis 2 og ett halvt og ett og ett halvt år. «Doktrinen» etter dette må være at retten til fri bevegelighet kan bli hindret dersom avledete rettigheter til tredjelandsborgere kategorisk blir avvist av EU-borgerens hjemland, etter at EU-borgeren har utøvet sin rett til fri bevegelighet.

2.4.2.3 Unionsborgerbegrepet blir sentralt

I Sag C-456/12 «O. og B.» som ble avsagt i 2014, var den faktiske bakgrunnen to saker, hvor tredjelandsborgeren ble benevnt «O.» i den ene saken og «B.» i den andre. I begge sakene hadde tredjelandsborgeren hatt opphold i en annen medlemsstat på bakgrunn av unionsborgerdirektivet. Imidlertid hadde referansepersonen, EU-borgeren, ikke vært økonomisk aktiv i vertslandet. I «O.» hadde tredjelandsborgeren rett til opphold i Spania, som familiemedlem til unionsborger. Unionsborgeren hadde i perioden 2007 til 2010 bodd sammen med «O.» i to måneder, og ellers vært på besøk i ferier. I den andre saken hadde «B.» først bodd i Nederland sammen med en nederlandsk statsborger, og deretter blitt utvist. Etter utvisningen bodde «B.» i Belgia i to år, i en leilighet som ble leid av unionsborgeren. Unionsborgeren var på besøk i helgene. I begge sakene var de faktiske forholdene at unionsborgeren ikke var økonomisk aktiv i vertslandet.

Spørsmålet i saken var om tredjelandsborgerne i de to sakene hadde rett på opphold i Nederland, avledet av familierelasjonen til referansepersonene på bakgrunn av EU-retten, herunder unionsborgerdirektivet.

Domstolen uttaler først at:

«Any rights conferred on third-country nationals by provisions of EU law on Union citizenship are rights derived from the exercise of freedom of movement by a Union citizen».⁴¹

Ordlyden tilsier at en forutsetning for avledete rettigheter etter EU-retten er at unionsborgeren har utøvd sin rett på fri bevegelighet.

Videre uttaler domstolen at

«It follows from a literal, systematic and teleological interpretation of Directive 2004/38 that it does not establish a derived right of residence for third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national».⁴²

Ordlyden her er etter en språklig forståelse klar på at en rett til opphold for tredjelandsborgere ikke kan bygge på en tolkning av direktivet alene. Domstolen går videre til å fastlegge at en slik rett må følge av den frie bevegeligheten etter TEUV artikkel 21. Dersom EU-borgeren hadde utøvd sin rett til fri bevegelighet måtte rettighetene som følger av direktivet også innrømmes tredjelandsborgere i unionborgerens hjemland.

I «O. og B.» uttalte domstolen at det var avgjørende at EU-borgeren hadde hatt «genuine residence»,⁴³ og at referansepersonen hadde vært «settled, and therefore, genuinely resided».⁴⁴ Dette var forutsetningen for at den frie bevegelighet hadde blitt utøvet.

Om hva som skal til for at en unionsborger og en tredjelandsborger har hatt «genuine residence» uttaler domstolen at

⁴¹ Sag C-456/12 «O. og B.» avsnitt 36.

⁴² Sag C-456/12 «O. og B.» avsnitt 37.

⁴³ Sag C-456/12 «O. og B.» avsnitt 51.

⁴⁴ Sag C-456/12 «O. og B.» avsnitt 57.

«genuine residence in the host Member State of the Union citizen and of the family member who is a third-country national, pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 7(1) and (2) and Article 16(1) and (2) of Directive 2004/38 respectively, which creates, on the Union citizen's return to his Member State of origin, a derived right of residence, on the basis of Article 21(1) TFEU, for the third-country national with whom that citizen lived as a family in the host Member State» .⁴⁵

Etter ordlyden i dette avsnittet kobler EU-domstolen vilkåret om «genuine residence» med vilkårene for rett til opphold i mer enn tre måneder som følger av direktivet. Det er nærliggende å tolke domstolen slik at en utøvelse av retten til fri bevegelighet etter unionsborgerdirektivet artikkel 7, er tilstrekkelig for å konstatere at det har vært et reelt opphold. Det vil si at unionsborgeren må ha hatt opphold lenger enn tre måneder og enten ha vært i jobb, jobbet som selvstendig næringsrivende, vært student eller hatt tilstrekkelige midler og sykeforsikring. Hvis disse vilkårene er oppfylt, og familiemedlemmet har bodd sammen med unionsborgeren, vil de ha hatt et «genuine residence» som gir grunnlag for opphold i hjemlandet på vilkår som ikke kan være strengere enn de som følger av direktivet.

«O. og B.» flytter den avledete retten til opphold i unionborgerens hjemland mot en lavere terskel enn den som ble fastlagt i «Singh og Eind», som var saker der unionborgerene hadde hatt lenger opphold i vertslandet og hvor de hadde vært økonomisk aktive. Samtidig koblet domstolen rett ved retur tett til artikkel 21 i TEUV som gir unionsborgere rett til fri bevegelighet.

2.4.2.4 Etter O. og B

I Sag C-73/16 «Coman» var sakens faktiske forhold at en rumensk statsborger hadde utøvet sin rett til fri bevegelighet ved å ta arbeid i Brussel. Han var gift med en amerikansk statsborger, og de hadde bodd sammen i tre år. De første to årene var EU-borgeren i arbeid, det siste året hadde han rett på og mottok ytelser fra vertslandet.

Saken reiste spørsmål om hvorvidt tredjelandsborgeren kunne ha rett på opphold i Romania som tredjelandsborger etter direktivets regler. Domsotolen viste til tidligere praksis, og viste til Sag C-456/12 «O. og B.» når den uttalte at:

«In that regard, as the Court has held on a number of occasions, it follows from a literal, contextual and teleological interpretation of Directive 2004/38 that the directive

⁴⁵ Sag C-456/12 «O. og B.» avsnitt 56.

governs only the conditions determining whether a Union citizen can enter and reside in Member States other than that of which he is a national and does not confer a derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national».⁴⁶

Ordlyden av domstolens vurdering av hvorvidt man kan foreta en analogisk tolkning av direktivet er klar. Den finner ikke grunnlag for å legge til grunn at direktivets bestemmelser kan gjøres gjeldende ovenfor EU-borgerens hjemstat. Dette er et resultat domstolen kommer til etter en «literal, contextual and teleological» tolkning av direktivet. EU-domstolen fastholder dermed at direktivet ikke kan gjøres gjeldende for rett til avledet opphold i EU-borgerens hjemstat.

Samtidig fremholder EU-domstolen i samme doms avsnitt 24 at der en EU-borger har utøvd sine rettigheter etter direktivet, kan tredjelandsborgeren få en avledet rett til opphold i EU-borgerens hjemland. Dette er i tråd med “Singh” og “Eind”. Under hvor strenge vilkår en slik rett skal tolkes uttaler domstolen at:

«As regards the conditions under which such a derived right of residence may be granted, the Court has stated that they must not be stricter than those laid down by Directive 2004/38 for the grant of a derived right of residence to a third-country national who is a family member of a Union citizen having exercised his right of freedom of movement by settling in a Member State other than that of which he is a national».⁴⁷

Her kommer domstolen til at dersom en EU-borger har utøvet sin rett til fri bevegelighet, kan en avledet rett til opphold for familiemedlemmene også innrømmes i EU-borgerens hjemland. Dersom det er grunnlag for en slik avledet rett – det vil si dersom EU-borgeren har utøvd sin frie bevegelighet, og under utøvelsen av den frie bevegelighet styrket sitt familieliv, kan ikke vilkårene for at familiemedlemmet får opphold i EU-borgerens hjemland være strengere enn reglene som følger av direktivet.

I stedet for å gi direktivet analogisk anvendelse i EU-borgerens hjemland, forutsetter EU-domstolen at retten til fri bevegelighet allerede har blitt utøvd, og at ved retur kan ikke vilkårene for avledet opphold være strengere enn direktivets bestemmelser. Selv om reglene for opphold i et annet EU-land ikke blir anvendt analogisk på hjemlandet, legges terskelen for

⁴⁶ Sag C-73/16 «Coman» avsnitt 20.

⁴⁷ Sag C-73/16 «Coman» avsnitt 25.

reelt opphold i det andre EU-landet på samme nivå som om man har hatt rett til opphold etter artikkel 7. Direktivets relevans blir derfor både en terskel for hva som skal til for at en anses å ha utøvd sin rett til fri bevegelighet og en terskel på hvor strenge vilkår hjemlandet kan sette for rett til opphold ved retur.

2.4.2.5 Gjeldende rett for EU-borgere

Den nåværende rettspraksisen fra EU-domstolen innebærer at tredjelandsborgere som har hatt avledet rett til opphold i et annet medlemsland på bakgrunn av EU-retten, herunder direktivet, kan ha rett til opphold i EU-borgerens hjemland. Vilkåret er at oppholdet i annet medlemsland må ha vært reelt og at familierelasjonen har blitt opprettholdt eller styrket under oppholdet.

Hva som skal til for at oppholdet skal anses reelt følger av hvorvidt vilkårene for opphold i over tre måneder etter direktivets bestemmelser er oppfylt. Selv om direktivet ikke får analog virkning uten støtte fra rett til fri bevegelighet etter TEUV artikkel 21, vil oppfyllelse av vilkårene for rett til opphold i et annet land etter direktivet utgjøre terskelen for hvorvidt oppholdet har vært «reelt». Dersom fri bevegelighet etter reglene for rett til opphold i mer enn tre måneder er blitt oppfylt, får direktivet analogisk virkning ovenfor EU-borgerens hjemland.

3 EØS-retten

3.1 Fri bevegelighet i EØS-retten

Fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel stiller seg noe annerledes enn fri bevegelighet etter TEUV artikkel 21. Bestemmelsen i EØS-avtalens hoveddel som angir retten til fri bevegelighet speiler artikkel 48 i dagjeldende EU-regel for fri bevegelighet.⁴⁸

Artikkel 28 første ledd i EØS-avtalen lyder: «Fri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene». Ordlyden tilsier at det kun er arbeidstagere som omfattes av fri bevegelighet i EØS-retten. Denne avgrensingen er til forskjell fra unionsborgerartikkelen i EU-retten, hvor utgangspunktet er at den frie bevegelighet ikke har noen restriksjoner.

I bestemmelsens andre ledd står det at «[d]en frie bevegelighet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår». Ordlyden i andre ledd underbygger at utgangspunktet i første ledd om fri bevegelighet er at den kun omfatter arbeidstakere.

⁴⁸ Traktat om den europeiske union artikkel 48.

At kun arbeidstaker er omfattet er også i tråd med utgangspunktet til EØS-avtalen, som har som formål å øke økonomisk samarbeid og skape en felles økonomisk plattform.⁴⁹ Utgangspunktet etter EØS-avtalens hoveddels bestemmelse om fri bevegelighet er etter dette at den omfatter arbeidstakere. EØS-landene har imidlertid tiltrådt unionsborgerdirektivet, og innlemmet direktivet i EØS-avtalens femte vedlegg. For å fastlegge omfanget av retten til fri bevegelighet i EØS-retten i dag må det tas stilling til hva innlemmelsen av direktivet har å si for den frie bevegeligheten av personer i EØS.

3.2 Unionsborgerdirektivet

3.2.1 Direktivers betydning i EØS-retten

Hvilken betydning vedlegg og rettsakter omhandlet i dem har for EØS-retten er regulert av EØS-avtalens artikkel 119. I artikkel 119 står det at «[v]edleggene og de rettsakter som er omhandlet i dem, slik de er tilpasset for denne avtales formål, samt protokollene skal utgjøre en integrerende del av denne avtale».

Ordlyden «integrerende del» tilsier etter en språklig forståelse at rettsakter i vedlegg skal tas opp på samme nivå som bestemmelsene i avtalens hoveddel. Å «integrere» innebærer språklig sett å innlemme i en helhet som igjen tilsier at noe blir like gyldig som noe annet. Det nye, som blir integrert, skal dersom det er integrert nok gjelde på lik linje som det gamle. Når det gjelder innlemmelsen av direktiver i EØS-avtalen tilsier denne språklige forståelsen av ordlyden i EØS-avtalens artikkel 119 at nye rettsakter inntatt i avtalens vedlegg skal ha like stor vekt som det som fremgår av avtalens hoveddel.

I de norske forarbeidene til avtalen blir det uttalt at artikkel 119 må innebære at vedlegg skal være en del av avtalen «på linje med» avtalens hoveddel.⁵⁰ En slik forståelse av forholdet mellom hoveddelen av avtalen og vedleggene vil i ytterste konsekvens innebære at det ikke finnes noen trinnhøyde som avgjør hva som skal tillegges avgjørende vekt i en eventuell motstrid mellom EØS-avtalens hoveddel og vedleggene.⁵¹ Det er nok lite trolig at et senere inntatt direktiv eller annen rettsakt som kom i motstrid mot hoveddelen av EØS-avtalen ville vinne frem dersom den stred mot hovedformål eller prinsipper i avtalen. Homogenitetsmålsetningen vil tale for at man i EØS velger samme løsning som i EU der et direktiv strider mot hoveddelen.⁵² Samtidig vil neppe et senere inntatt direktiv som utvider rettigheter som følger av EØS-avtalens hoveddel kunne settes til side fordi det utvider rettigheter som i utgangspunktet følger av hoveddelen *for mye*.

⁴⁹ EØS-avtalen artikkel 2.

⁵⁰ St.prp.100 (1991–1992) side 102.

⁵¹ Sejersted (2011) side 232.

⁵² Sejersted (2011) side 232.

Etter ordlyden kan flere tolkningsalternativer være aktuelle for betydningen av senere inntatte rettsakter. Et alternativ er å se ordlyden som et uttrykk for at det er vedlegg og rettsakter inntatt på samme tid som EØS-avtalens inngåelse som omfattes. Det vil imidlertid stemme dårlig overens med at man søker å «oppretholde» rettsenhet. En slik tolkning ville også bundet EØS-retten til rettstilstanden som rådet på inngåelsestidspunktet, og avskåret EØS-landene fra å innta senere rettsakter som får virkning for innholdet i avtalen. På den andre siden vil en slik tolkning ivareta suvereniteten til statene i den forstand at større endringer i EØS-retten ville måtte gjøres ved endring av selve avtalen, og ikke ved å innta sekundærlovgivning som ble bindene for avtalen. Ordlyden i artikkel 119 sett under ett tilsier allikevel at senere inntatte rettsakter kan tillegges like stor vekt som hoveddelen der det ikke er motstrid mellom de to.

Systembetraktninger styrker en slik forståelse av direktivers betydning for EØS-retten, da direktiver innlemmes ved tilleggstraktater.⁵³

For å fastslå i hvor stor grad direktivet gjør seg gjeldende «på linje med» EØS-avtalens hoveddel, vurderes først EØS-komiteens innlemmelse av direktivet i vedlegg til avtalen. Deretter vil rettspraksis fra EFTA-domstolen om direktivets betydning for EØS-retten presenteres.

3.2.2 Reservasjoner ved innlemmelse av unionsborgerdirektivet

Direktivet ble inntatt i EØS-avtalen ved beslutning av EØS-komiteen i 2007. I beslutningen om å innta direktivet, har komiteen kommet med noen forbehold. Forbeholdene blir relevante tolkningsmomenter for omfanget direktivet kan anses å ha i EØS-retten da de gir uttrykk for hva EØS-landene har ment å forplikte seg til.

I punkt 8 av beslutningen om å innlemme direktivet i EØS-avtalen kommer forbehold om at konseptet «Union Citizen» ikke inntas⁵⁴. I EU-retten er det å være unionsborger befestet med en rekke rettigheter som strekker seg ut over de som følger av EØS-avtalen. Blant annet har unionsborgere rett til å stille til valg og stemme i lokalvalg.⁵⁵ At direktivet, for EØS-landenes del, måtte gjelde uten unionsborgerbegrepet, og heller omfatte borgere i EØS-landene, var derfor en forutsetning fra komiteen.

⁵³ Sejersted (2011) side 232.

⁵⁴ EØS-komiteens beslutning 158/2007.

⁵⁵ TEUV artikkel 18 og 22.

Der direktivet i EU-retten bruker begrepet unionsborger, er den EØS-rettslige teksten omskrevet med begreper som «borgere i EØS-landene» eller «EØS-borgere». I utgangspunktet vil det ikke by på store problemer for tolkningen av direktivet at man bruker begrepet EØS-borger istedenfor unionsborger. Det er i utgangspunktet krevende å få grep om hvilken betydning forbeholdet mot «unionsborgerbegrepet» får for innholdet i og betydningen av direktivet i EØS-rettslig sammenheng.

Problemet oppstår når EU-retten utvikler seg slik at begrepet «unionsborger» blir bestemmende for den EU-rettslige tolkningen av direktivet. Det kan føre til utfordringer for målsetningen om ensartethet. Ikke minst oppstår det problemer når EU-domstolen kobler direktivet og begrepet «unionsborger» i sin tolkning av direktivet på en slik måte at det er krevende å komme til samme resultat i EØS-retten, uten å tolke direktivet annerledes enn det EU-domstolen gjør. Dette har kommet på spissen der EU-domstolen har kommet med uttalelser om at direktivet har begrensninger sammenholdt med TEUV artikkel 21, og at direktivet kun kan gis ett gitt innhold når det sammenholdes med unionsborgerbegrepet. Denne spenningen blir behandlet i kapittel 4.

Et annet forbehold er fremsatt i punkt 9, hvor det fremholdes at immigrasjonsregelverk skal holdes utenfor avtalen.⁵⁶ Direktivet gir rettigheter til EØS-borgere, som springer ut fra rett til fri bevegelse, og en avledet rett til opphold for disses familiemedlemmer fra land utenfor EØS. Dette har konsekvenser for immigrasjonsregelverket for EØS-landene. Hvilken betydning forbeholdet skal ha for implementering av direktivet er noe uklart. Direktivet er ikke et immigrasjonsdirektiv, men et direktiv som kodifiserer, utvider og samler EØS-borgeres rett til fri bevegelse og retten til å ha med seg familien sin i utøvelsen av retten til fri bevegelse.⁵⁷

Forbeholdet kan tolkes som en avskjæring mot å innta EU-rettslige samarbeid om immigrasjonspolitik for tredjelandsborgere uten tilknytning til unionsborgere. EØS-landene har for eksempel ikke tiltrådt i EUs immigrasjonsdirektiv.

Denne forståelsen av forbeholdet mot at immigrasjonspolitik skal være en del av avtalen forsterkes av at komiteen i punkt 10 uttaler at avtalen ikke gjelder for tredjelandsborgere, men at familiemedlemmer i direktivets betydning likevel skal nyte godt av avledete rettigheter.⁵⁸ I erklæringen om inkorporering av direktivet understøttes dette ytterligere når komiteen understreker at retten til opphold for tredjelandsborgere faller utenfor EØS-avtalen med

⁵⁶ EØS-komiteens beslutning 158/2007 punkt 9.

⁵⁷ Unionsborgerdirektivet fortalen punkt 4.

⁵⁸ EØS-komiteens beslutning 158/2007 punkt 10.

unntak av de avledete rettighetene til tredjelandsborgere som er i familie med EØS-borgere. Forbeholdets praktiske betydning for hva direktivet innebærer for EØS-retten fremstår som liten.

Oppsummert har komiteen uttrykt at immigrasjonspolitikken faller utenfor forpliktelsene som følger av EØS-avtalen, med unntak av familiemedlemmers avledete rett til opphold som følger av direktivet. Etter dette må utgangspunktet være at EØS-landene er fullt ut forpliktet til innholdet i direktivet.

Dette utgangspunktet får støtte i stortingsproposisjonen om innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen, hvor det står at:

«De politiske rettighetene faller helt klart utenfor EØS-avtalen, mens retten til fri bevegelighet er åpenbart innenfor. Samlet sett er vurderingen at direktivet regulerer reglene for fri bevegelighet av personer, og ikke spørsmål om unionsborgernes politiske rettigheter.»⁵⁹

Etter ordlyden er reglene rundt retten til fri bevegelighet som følger av direktivet i tråd med EØS-avtalen, og ble antatt å være gjeldende ved Norges godkjenning av innføringen av direktivet i EØS-avtalen.

Forbeholdet mot at immigrasjonspolitikken omfattes blir en relevant tolkningsfaktor for innholdet i bestemmelsene der løsningen er usikker. Det kan innebære at en i tolkningen av direktivet skal vise forsiktighet med å komme med for utvidende tolkninger.

Direktivet gir EØS-borgere som ikke er arbeidstakere rett til opphold på nærmere angitte vilkår, og den gir også rett til opphold for familiemedlemmer av EØS-borgere som gjør nytte av retten til fri bevegelighet.⁶⁰ For at retten til fri bevegelighet skal være reell for de personene som omfattes av den, angir direktivet også at familiemedlemmer må få rett til opphold under nærmere angitte vilkår.⁶¹

3.2.3 Praksis fra EFTA-domstolen

EFTA-domstolen har flere ganger tatt stilling til enkeltbestemmelser i direktivets betydning for retten til fri bevegelighet i EØS-retten. Det mest grunnleggende spørsmålet når det gjelder betydningen av direktivet for fri bevegelighet i EØS er om direktivet har utvidet retten til fri bevegelighet fra å kun gjelde arbeidere og økonomisk aktive personer, til å også gjelde

⁵⁹ St.prp.nr. 42 (2007-2008)

⁶⁰ Direktiv 2004/38/EC artikler 2, 3, 4, og 7.

⁶¹ Unionsborgerdirektivet fortalet punkt 5.

økonomisk ikke-aktive. Dersom direktivet anses som fullt ut gjeldende for EØS-borgere, vil de materielle vilkårene speile de som følger av EU-retten.

3.2.3.1 Sak E-4/11 «Clauder» og Sak E-26/13 «Gunnarson»

I Sak E-4/11 «Clauder» var det faktiske forholdet at en tysk mann hadde fått avledet opphold fra sin tyske kone som arbeidet i Liechtenstein. Mannen hadde etter hvert fått permanent opphold i Liechtenstein, og han fikk også en ny kone. Spørsmålet i saken var hvorvidt den nye kona kunne få rett til opphold i Liechtenstein sammen med den tyske statsborgeren som hadde opphold der, uten at de oppfylte krav til tilstrekkelig inntekt, og med forutsetning om at de kom til å bli en byrde for velferdssystemet i Liechtenstein.

Saken er den første om rettigheter for EØS-borgere etter direktivet som er behandlet av EFTA-domstolen, og domstolen ga uttrykk for hvordan den mener direktivet må forstås. Domstolen pekte først på at fortalet til direktivet. «As is apparent from recital 3 in the preamble to Directive 2004/38, it aims in particular to «strengthen the right of free movement and residence» of EEA nationals».⁶²

Domstolen viser altså til fortalet som uttrykker at formålet med direktivet er å styrke retten til fri bevegelse. Videre viser domstolen til EU-domstolens uttalelser om hvordan direktivet må tolkes «the provisions of that directive cannot be interpreted restrictively, and must not in any event be deprived of their effectiveness»⁶³ Etter ordlyden i disse to uttalelsene legger EFTA-domstolen opp til en tilsvarende tolkning av bestemmelsene i direktivet som EU-domstolen har lagt til grunn. Det innebærer at direktivet ikke skal tolkes innskrenkende, og i tråd med formålet bak direktivet, og at gjeldende EU-rettslig fortolkning av direktivets innhold blir førende for den EØS-rettslige fortolkningen.

Sakens spørsmål var om det for EØS-borgere som hadde fått permanent opphold i en annen medlemsstat gjaldt noe krav om at man ikke måtte bli en byrde for velferdsstaten i vertsstaten for at familiemedlemmet skulle ha rett til opphold. Retten til permanent opphold fremkommer av direktivets artikkel 16, og det fremgår av artikkel 16 (1) at retten til permanent opphold ikke er avhengig av å oppfylle vilkårene i kapittel tre i direktivet, som blant annet regulerer rett til opphold. Det er to tolkningsalternativer hvor den første er at dersom en EØS-borger har permanent opphold i et annet EØS-land, stilles ingen vilkår til oppholdsgrunnlag for at familiemedlemmer som opplistet i kapittel 2 har rett til avledet opphold. Det andre alternativet er at reglene i kapittel tre ikke gjelder for EØS-borgeren, men for tredjelandsborgeren.

⁶² Sak E-4/11 «Clauder» avsnitt 33.

⁶³ Sak E-4/11 «Clauder» avsnitt 34.

EFTA-domstolen satte tolkningsalternativene opp mot hverandre, og kom til at for EØS-borgere med permanent opphold ikke måtte fylle krav til tilstrekkelige midler for å ha rett på at familiemedlemmer også fikk avledet opphold. De bygget avgjørelsen på at det ikke kommer klart frem fra direktivet hva som gjelder i slike tilfeller, og at der dette ikke er avklart må man på bakgrunn av rettspraksis fra EU-domstolen tolke rettighetene som følger av direktivet bredt.

EFTA-domstolen uttaler også at

«[s]ince the retention of a right to permanent residence under Article 16 of the Directive is not subject to the conditions in Chapter III and it is apparent that the right must be understood to confer a derived right on the beneficiary's family members, it must be presumed prima facie that also the derived right is not subject to a condition to have sufficient resources». ⁶⁴

I Sak E-4/11 «Clauder» henviser EFTA-domstolen gjennomgående til tolkningsnormer fra EU-domstolen som ble formulert i «Metock». «Metock and others» bruker gjennomgående unionsborgerbegrepet i sin vurdering av direktivet. At EFTA-domstolen legger de samme tolkningsnormene til grunn tilsier at bruken av begrepet unionsborger i seg selv ikke anses problematisk for å komme frem til samme resultat. EFTA-domstolens søken etter å anvende samme prinsipper for tolking av direktivet, for å fastlegge innholdet i en EØS-rettslig regel må anses som et forsøk på ensartet anvendelse av direktivet ovenfor EØS- og EU-borgere fra EFTA-domstolen. Etter denne saken er det tydelig at EFTA-anser bestemmelsene i direktivet som en utvidelse av retten til fri bevegelse, og at EØS-statenes innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen etter EFTAs syn innebærer en ny rettstilstand for retten til fri bevegelse.

En annen sentral dom for fastleggingen av direktivets betydning for EØS-retten er Sak E-26/13 «Gunnarson». De faktiske forholdene i saken var at en islandsk statsborger hadde flyttet til Danmark. Statsborgeren mottok pensjon fra islandske myndigheter og var ikke økonomisk aktiv i Danmark, og skattet av pensjonen til Island. På Island har man spesielle skatteregler som gir skattefradrag til ektepar der den ene søker jobb. Den islandsk statsborgeren som bodde i Danmark og skattet til Island ville fått et slik skattefradrag dersom ekteparet var bosatt i Island.

⁶⁴ Sak E-4/11 «Clauder» avsnitt 47.

Saken reiste to spørsmål. For det første om en slik forskjellsbehandling av borgere bosatt i utlandet var forenelig med EØS-avtalens artikkel 28 og unionsborgerdirektivet artikkel 7, og for det andre om det hadde noen betydning at det ikke finnes en bestemmelse i EØS-retten som tilsvarer artikkel 21 i traktaten om den europeiske unions virkeområde.

Islandske myndigheter anførte at unionsborgerdirektivet artikkel 7 (1) (b) ikke kunne tolkes dithen at den påla hjemstaten forpliktelser ovenfor sine statsborgere. De fremholdt at i rettspraksis fra EU-domstolen begrunnes hjemstatens forpliktelser i TEUV artikkel 21, ikke i direktivet. Når det i EØS-retten ikke finnes et tilsvarende rettighetsutløsende begrep som «unionsborger», kan heller ikke praksis fra EU-domstolen ha noen betydning for hva statene har forpliktet seg til i direktivet, mente Island.

Den norske stat innga uttalelse hvor den fremholdt at artikkel 7 (1) (b) i direktivet ikke kunne påberopes ovenfor EØS-borgere, da den bygger på begrepet «unionsborger», og springer ut fra TEUV artikkel 21.

EFTA-domstolen påpekte først at det avgjørende for det EØS-rettslige i saken var at direktivet videreførte rettigheter fra tidligere direktiv. Deretter understreker den at EØS-landene ved implementeringen ikke innførte et unionsborgerbegrep i EØS-retten, og at direktivet dermed heller ikke kan «introdusere rettigheter» inn i EØS-avtalen som bygger på konseptet «unionsborgerskap». Ordlyden tilsier at direktivet har introdusert rettigheter inn i EØS-avtalen, men at praksis fra EU-domstolen som bygger på unionsborgerbegrepet uten at det har sin like i unionsborgerdirektivet som er inkorporert i EØS-avtalen ikke kan gjøres EØS-rettslig gjeldende.

EFTA-domstolen viser først til at de rettighetene som fremkommer av unionsborgerdirektivet både må ses i lys av at de er en videreføring av tidligere gjeldende direktiv, og at de i alle tilfeller ikke må tolkes snevrere enn tidligere direktiv.

EFTA-domstolen tolker EU-domstolens bruk av TEUV artikkel 21 til å fastlegge rekkevidden av rettighetene som et utslag av at det har vært endringer i primærlovgivningen. Metoden EFTA-domstolen anvender innebærer at EU-domstolens rettskildebruk i dommen som både omhandler TEUV og unionsborgerdirektivet, ikke får innvirkning på hvordan direktivet må forstås i EØS-rettslig kontekst. Når EU-retten regulerer retten til å oppholde seg fritt i alle medlemsland både i sekundærlovgivning og primærlovgivning er det ikke av betydning for innholdet i sekundærlovgivningen som EØS-landene er bundet av, at EU-domstolen anvender primærlovgivningen når den avgir dom.

EFTA-domstolen konkluderer med at det strider mot direktivets artikkel 7 (1) (b) å ikke innvilge samme fradrag for skatt for en statsborger bosatt i et annet EØS-land, men som fortsatt skattet til hjemlandet, som om borgeren skulle ha bostedsadresse i hjemlandet. Dommen er av betydning for hvilket omfang direktivet har for EØS-land som ikke er medlem av EU. Den innebærer at de reservasjoner EØS-komiteen innga om begrepet «unionsborger» blir begrenset til politiske rettigheter, og at de rettighetene som i direktivet er knyttet til begrepet «Unionsborger», i stor grad gjelder like fullt for EØS-borgere. Dette understøttes av at teksten er autorisert på EØS-landenes språk, og at «unionsborger» der et byttet ut med «statsborger i EØS-land».

Betydningen av Sak E-26/13 «Gunnarson» for avledet rett til opphold på grunnlag av direktivet for tredjelandsborgere er først og fremst at den fastla at begrepet «unionsborger» i direktivet ikke er til hinder for å tolke direktivet som rettighetsgivende også for EØS-borgere. Dommen må forstås som en fastsetting av at etter EFTA-domstolens syn har innlemming av direktivet i EØS-avtalen ført til at retten til fri bevegelse er vedtatt utvidet av EØS-statene. Etter dommen er EFTA-domstolens standpunkt at også økonomisk ikke-aktive har rett til fri bevegelse som EØS-borgere og i EØS-land.⁶⁵ Denne forståelsen av hva implementeringen av direktivet innebærer for retten til fri bevegelse er i tråd med en forståelse av EØS-avtalens artikkel 119 som gir rettsakter inntatt i vedleggene til direktivet «integrerende virkning».

Etter dette er utgangspunktet i tolkningen av direktivet fra et EØS-rettslig standpunkt at det ikke må tolkes slik at det innlemmer rettigheter som følger av unionsborgerbegrepet i EU-retten, men samtidig at direktivet må ses som et uttrykk for gjeldende EØS-rett når det gjelder omfanget av den frie bevegelse for personer.

3.2.4 Innlemming i norsk utlendingsrett

I norsk rett er direktivet og tilhørende EØS-rett som gjelder innvandring og bosetning, gjennomført i utlendingslovens kapittel 13.

Utlendingsloven § 110 i loven angir hvem som er omfattet av kapittelet.

Det følger av utlendingsloven § 110 andre ledd andre punktum at

«[f]amiliemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet dersom de følger eller gjenforenes med en norsk borger som returnerer til riket etter å

⁶⁵ Se Gunnarson

ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land».

Ordlyden er klar. Norsk implementering av direktivet har siden 2009 tatt høyde for at reglene også skal gjelde for norske borgere som har utøvet retten til fri bevegelighet, for så å returnere til Norge. Ordlyden i paragrafen er ikke knyttet kun til direktivet, men også til EØS-avtalen og tilhørende rettsakter. Det kan se ut som om lovgiver har tatt stilling til at også norske borgere som returnerer fra utøvelse av EØS-rettigheter skal omfattes av reglene om opphold for EØS-borgere i Norge.

3.3 Materielle vilkår

3.3.1 Krav til referansepersonens oppholdsgrunnlag

Som konkludert i 3.1 og 3.2 vil det materielle innholdet i direktivets bestemmelser om vilkår for rett til opphold for EØS-borgere og deres familiemedlemmer i stor grad sammenfalle med det EU-rettslige innholdet som er beskrevet i kapittel 2. Dette gjelder både krav til referansepersonens oppholdsgrunnlag og personkretsen som kan få opphold.

Oppsummert har EØS-borgere rett til opphold i mer enn tre måneder i et annet EØS-land dersom de har arbeid der, tar utdanning ved en akkreditert institusjon eller dersom de har tilstrekkelige midler til å ikke bli en byrde for vertsstaten. Den samme brede og formålsrettede tolkningen som EU-domstolen anvender i spørsmål om direktivets utstrekning gjør seg gjeldende for den EØS-rettslig tolkning.

3.3.2 Personkretsen som kan få opphold

Også personkretsen som kan få opphold sammenfaller i EØS-retten og EU-retten. Ektefeller, partnere, barn inntil 21 år og forfedre har rett på opphold om de andre vilkårene er oppfylt.

3.3.3 Ovenfor hvilken stat gjelder retten til opphold

Også utgangspunktet om at rettigheter etter direktivet gjelder ovenfor vertsstat og ikke hjemstaten til EØS-borgeren er det samme i EØS-retten som i EU-retten.

3.4 Familiemedlemmers rett til opphold i EØS-borgerens hjemland

3.4.1 Innledning

Som for EU-retten må en eventuell rett på opphold for tredjelandsborgere avledet fra EØS-borgeren i EØS-borgerens hjemland bero på en tolkning av primær- og sekundærkilder. Når EU-retten i Sag C-456/12 «O. og B.» fastslo at en rett til avledet opphold i hjemlandet til EU-borgeren måtte følge av retten til fri bevegelighet etter TEUV artikkel 21 og ikke direktivet alene kan det synes utfordrende å komme til et ensartet resultat i EØS-retten. For å fastslå om

det finnes en mulighet til å utlede samme resultat av EØS-retten som av EU-retten når retten til fri bevegelighet er hjemlet forskjellig krever først en vurdering av hva hjemlene innebærer.

Som redegjort for i henholdsvis punkt 2.1 og 3.1 står retten til fri bevegelighet noe ulikt i EU-retten og EØS-retten. Der EU-retten har TEUV artikkel 21 som uttrykk for retten til fri bevegelighet, og direktivet virker innskrenkende på denne ved å sette vilkår til utgangspunktet, definerer direktivet yttergrensen for den frie bevegelighet etter skreven EØS-rett. Dette ved at direktivers plass og betydning i EØS-retten er så vidt fremtredende, og at EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet har blitt utvidet av innføringen av direktivet i vedlegg 5 i avtalen.

Der direktivet i EU-rettslig sammenheng regulerer den frie bevegeligheten, er den i EØS-retten et uttrykk for den frie bevegelighet. Spørsmålet blir om avledete rettigheter til opphold som følge av den frie bevegeligheten skal gjelde ovenfor EØS-borgerens hjemland ved retur fra et annet medlemsland.

EØS-landene er også forpliktet til å oppfylle retten til fri bevegelighet, så formålet bak direktivet sammenfaller. Det innebærer også at mulighet for et familieliv på tvers av landegrensene i EØS, og uavhengig av nasjonaliteten til EØS-borgerens familiemedlemmer, er en forutsetning for at EØS-borgere skal ha en reell rett på fri bevegelighet. Denne tolkningen har også norske lovgivere lagt til grunn i forarbeidene til implementeringen av direktivet i norsk rett.⁶⁶

Spørsmålet har blitt vurdert av EFTA-domstolen to ganger.

3.4.2 Sak E-28/15 «Jabbi»

I Sak E-28/15 «Jabbi» var saksforholdet at en norsk kvinne hadde bodd i Spania i 13 måneder sammen med sin ektemann som var tredjelandsborger. Den norske kvinnen hadde ikke vært økonomisk aktiv i Spania. Oslo tingrett sendte spørsmål til EFTA-domstolen om hvorvidt unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 jf. artikkel 7 nr. 2 ga avledete rettigheter til opphold for tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som etter retur fra et annet EØS-land returnerer til staten der EØS-borgeren er statsborger. Det vil si, spørsmål om direktivet skulle tolkes likt som EU-domstolen hadde gjort, på tross av at man i EØS-retten ikke har et tilsvarende begrep som EUs «unionsborgerskap» i artikkel 21 av EU-traktaten.

⁶⁶ Ot.prp.nr.72 (2007–2008) s. 20.

Spørsmålet i saken var om EØS-retten bandt Norge til å innrømme oppholdsrett til Jabbi etter direktivets artikkel 7 nummer to, selv om ordlyden i direktivet kun retter seg mot opphold i en annen EØS-stat.

Sentralt i anførselene til både saksøker (Jabbi) og saksøkte (den norske stat), stod en tidligere avsagt dom i EU-domstolen, Sag C-456/12 «O. og B.» som er behandlet i kapittel 2.6.2.3.

Saksøker anførte at Sag C-456/12 «O. og B.» ga grunnlag for å tolke direktivet i samsvar med TEUV artikkel 21 og at dette må gjelde også for EØS-borgere for å sikre ensartethet i retten til fri bevegelighet.

Saksøkte anførte, med støtte fra Liechtenstein, om Sag C-456/12 «O. og B.» at EU-domstolens bruk av TEUV artikkel 21 måtte innebære at noen slik rett for opphold i EØS-borgerens hjemland ikke kunne utledes fra direktivet alene og at noen slik rett derfor ikke var etablert i EØS. Når EØS-avtalen ikke har noen tilsvarende regel som TEUV artikkel 21, kunne heller ikke den samme retten etableres på bakgrunn av EU-domstolens praksis. Videre anførte den norske stat at EFTA-domstolens uttalelse i «Gunnarson» om at direktivet ikke kan introdusere rettigheter basert på begrepet unionsborgerskap, taler mot at samme rett til opphold skal innvilges i hjemlandet til EØS-borgeren.

ESA innga uttalelse til støtte for saksøker, og fremholdt at selv om begrepet unionsborger ikke eksisterer i EØS-avtalen, bør tolkningen av direktivet sikre ensartethet. ESA fremholdt at fraværet av et borgerbegrep i EØS-avtalen innebærer at direktivet bør ha en viktigere rolle for EØS-statene og at dets virkeområde bør gjøres bredere av effektivitetshensyn.

EFTA-domstolen tolket EØS-komiteens beslutning om innarbeidelse av direktivet i EØS-avtalen slik at begrepet unionsborger ble omgjort, for EØS-landenes vedkommende, til borgere av EU-statene og EFTA-statene.

EFTA-domstolen slo videre fast at løsningen i Sag C-456/12 «O. og B.» ikke kunne gjøres direkte gjeldende for EØS-retten, og at for å komme til et ensartet resultat måtte man tolke direktivet «i sin rette sammenheng».⁶⁷

Om hva som ligger i «den rette sammenheng» etter EFTA-domstolens syn uttaler den at

⁶⁷ Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 67.

«I den videre undersøkelse legger EFTA-domstolen særlig vekt på at fri bevegelighet for personer er en del av kjernen i EØS-avtalen. Den foreliggende sak skiller seg fra Sag C-456/12 «O. og B.» i den grad den nevnte dom er basert på unionsborgerskap. Følgelig må det undersøkes om det er mulig å oppnå ensartethet i EØS basert på et rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen. En slik undersøkelse må baseres på EØS-avtalen, rettsakter innlemmet i den samt rettspraksis».⁶⁸

Ordlyden tilsier at EFTA-domstolen mener Sag C-456/12 «O. og B.» ikke kan gjøres direkte gjeldende for EØS-avtalen, og at den ikke uten videre kan legges til grunn. Samtidig understreker domstolen viktigheten av ensartethet, og gir uttrykk for at det er et mål å oppnå slik ensartethet. Ordlyden i EFTA-domstolens utgangspunkt her tyder på at man i tolkingen av direktivet i EØS-sammenheng må søke å komme til samme resultat som EU-domstolen, selv om rettskildene det tas utgangspunkt i ikke sammenfaller fullt ut der EU-domstolen søker støtte for et resultat i tolkingen av direktivet i andre EU-rettslige kilder. Det er et uttrykk for hvor sterkt homogenitetsmålsetningen står i domstolens tolkning av direktivet. Det vil i denne saken, og for direktivets del mer generelt, innebære å finne løsninger i EØS-regelverket som gir samme resultat som EU-domstolen kommer til, også der EU-domstolen anvender et annet rettsgrunnlag for å komme til resultatet.

Om verdien og tolkingen av EU-domstolens praksis som rettskilde for EFTA-domstolen uttaler domstolen at:

«En sentral rettskilde for EFTA-domstolen er rettspraksis fra EU-domstolen og Underretten. Denne rettspraksis må likevel leses i sin sammenheng. Vanligvis byr ikke dette på spesielle problemer siden sammenhengen vil være den samme. Når det gjelder rettskilder i den foreliggende sak, har imidlertid EU-domstolen delvis utelukket anvendelsen av direktivet og i stedet anvendt begrepet unionsborgerskap i utviklingen av den frie bevegelighet for personer i EU».⁶⁹

Utgangspunktet for EFTA-domstolen er dermed at EU-dommer er en sentral kilde for tolking av de deler av primærretten som er likelydende. Problemet med kildebruken oppstår når, som i Sag C-456/12 «O. og B.», EU-domstolen bygger sine avgjørelser på hva som følger av primærlovgivning EØS-landene ikke er bundet av, og som har utviklet seg videre etter innførselen av direktivet, istedenfor å ta utgangspunkt i sammenfallende lovgivning.

⁶⁸ Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 68.

⁶⁹ Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 69.

I «Jabbi-saken» ble EFTA-domstolens begrunnelse at:

«En EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet må ikke hindres i å utøve denne rett ved at ektefellen hindres i å reise inn og oppholde seg i EØS-borgerens hjemstat. Følgelig krever EØS-retten at når en EØS-borger som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, vender tilbake til hjemstaten, må hans ektefelle gis en avledet rett til opphold i samme stat.»⁷⁰

Her legger domstolen seg tett opp til ordlyden i Sag C-370/90 «Singh» og påfølgende dommer fra EU-domstolen. Dersom en EØS-borgers rett til fri bevegelighet – som ikke kun utledes av EØS-avtalens artikkel 28, men også av unionsborgerdirektivet, vil det utgjøre en hindring for denne retten dersom familiemedlemmet ikke får opphold i EØS-borgerens hjemland etter utøvelse av retten til fri bevegelighet.

EFTA-domstolen poengterer dette ytterligere ved å uttale at «En rett til fritt å flytte fra hjemstaten til en annen EØS-stat kan ikke bli oppnådd fullt ut dersom denne person kan hindres i å utøve friheten ved at hjemstaten har satt opp hindringer for ektefellens rett til opphold».

Ordlyden og systemet EFTA-domstolen bruker for å komme frem til resultatet som innebærer at rett til opphold som familiemedlem til EØS-borger også kan gjøres gjeldende i EØS-borgerens hjemland tyder på at den forstår direktivet som uttrykk for den faktiske frie bevegelighet for EØS-borgere. Der EU-domstolen bruker unionsborgerbegrepet og TEUV artikkel 21 for å begrunne at retten til fri bevegelighet på vilkår også må gjelde ovenfor hjemlandet, bruker EFTA-domstolen den frie bevegeligheten som følger av direktivet til å gjøre det samme.

Neste spørsmål er hva som skal til for at en EØS-borger har utøvet sin rett til fri bevegelighet slik at dennes familiemedlem fra tredjeland har rett på avledet opphold i EØS-borgerens hjemland. I Sak E-28/15 «Jabbi» uttalte domstolen om dette at «For det første må EØS-borgerens opphold i vertsstaten ha vært reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten. Oppholdet i vertsstaten må være av minst tre måneders sammenhengende varighet».⁷¹

⁷⁰ Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 77.

⁷¹ Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 80.

Bakgrunnen for tremånederskravet ligger nok i at EØS-regelverket og direktivet gir rett til 3 måneders visumfritt opphold, mens for opphold lenger enn tre måneder må vilkårene i artikkel 7 oppfylles, se kapittel 5. Hvis en EØS-borger lovlig har oppholdt seg lenger enn tre måneder i et annet EØS-land, på bakgrunn av oppholdsgrunnlagene i kapittel 7, vil denne ha utøvet sin rett til fri bevegelighet. Etter Sak E-28/15 «Jabbi» innebærer det at familiemedlemmet til den norske borgeren har rett på opphold i Norge, på samme vilkår som i andre EØS-land. En forutsetning for at oppholdet er reelt vil også være om hen har hatt tilstrekkelige midler, arbeidet eller vært selvstendig næringsdrivende.

EFTAs rådgivende uttalelse i Sag E-28/15 «Jabbi» innebar at dersom en EØS-borger har utøvet sin rett til fri bevegelighet etter direktivet og opprettholdt eller styrket familielivet under oppholdet, vil retten til fri bevegelighet innebære at familiemedlemmet har avledet rett til opphold i EØS-borgerens hjemland på like vilkår som i andre EØS-land.⁷²

Etter den rådgivende uttalelsen ble saken behandlet i Borgarting Lagmannsrett. Lagmannsretten kom til at oppholdet ikke hadde vært «reelt» og viste til at EØS-borgeren hadde beholdt en leilighet i Norge, at hun ikke hadde søkt om arbeidsavklaringspenger mens hun bodde i Spania, at ektefellene bodde i et kollektiv og delte kjøkken og bad med andre mens de bodde i Spania og at hun i løpet av en tretten måneders periode hadde reist tre ganger til Norge. Dette til sammen mente lagmannsretten måtte tilsi at det 13 måneders oppholdet i Spania ikke var «reelt».⁷³

Det er noe krevende å se hvilke vilkår for reelt opphold lagmannsretten her legger til grunn sammenholdt med direktivets bestemmelser om rett til opphold i mer enn tre måneder og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Dersom vilkåret for reelt opphold er, slik jeg har tolket EFTAs uttalelse i «Jabbi» at EØS-borgeren har utøvet sin rett til fri bevegelighet etter direktivets bestemmelser er det tvilsomt at dommen fra lagmannsretten er i tråd med det EFTA-domstolen anser som gjeldende EØS-rett.

En ny sak om rett til avledet opphold ved retur fra opphold i EØS-land kom opp i det norske rettssystemet etter «Jabbi», og Høyesterett forespørte til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse sommeren 2019. EFTA-domstolen kom med rådgivende uttalelse 13.05.2020.

⁷² Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 80.

⁷³ LB-2017-98329-2

3.4.3 Sak E-4/19 «Campell»

I «Campellsaken»⁷⁴ var sakens faktiske forhold at en canadisk kvinne hadde hatt opphold i Sverige med sin norske ektefelle etter EØS-regelverket. Den norske borgeren hadde bodd sammen med Campell i syv uker som arbeidssøkende, og deretter jobbet skift i Norge og bodd delvis i Sverige.

Norges Høyesterett sendte spørsmål til EFTA-domstolen om den fastholdt sin tolkning av rett til avledet opphold ved retur fra annet EØS-land. Spørsmålet ble stilt «i lys av»⁷⁵ at EU-domstolen har fastholdt sin rettskildebruk i «O. og B.» i senere avgjørelser, som redegjort for tidligere i denne oppgaven. Ordlyden i spørsmålet tilsier at Høyesterett stilte seg tvilende til rettskildebruken til EFTA-domstolen i «Jabbi».

Høyesterett stilte også spørsmål om hva som må anses som reelt opphold for å anses å ha utøvet sin rett til fri bevegelighet og hva som ligger i kravet til at oppholdet må ha vært sammenhengende.

EFTA-domstolen uttalte om tolkningen av direktivet i henholdsvis EU-rettslig og EØS-rettslig sammenheng at:

«I EØS-rettslig sammenheng medfører det faktum at EØS-retten ikke har noen parallell til TEUV artikkel 21 at direktivet må tolkes på en annen måte i EØS for å oppnå direktivets mål, som fremfor alt er å legge til rette for og styrke utøvelsen av den grunnleggende og individuelle rett til å ferdes og oppholde seg på EØS-statenes territorium.»⁷⁶

Etter ordlyden opprettholder EFTA-domstolen sin tolking av direktivet i EØS-rettslig sammenheng. En naturlig språklig forståelse av uttalelsen er at direktivet får en annen betydning i EØS-retten enn i EU-retten.

EFTA-domstolen går videre til å vurdere spørsmålet om hvorvidt EU-domstolens opprettholdelse av bruken av direktivet sammen med unionsborgerbegrepet og uttaler at «Imidlertid gjelder ingen av dommene tolkning av direktivet i EØS-avtalens kontekst.»⁷⁷ videre fastholder EFTA-domstolen løsningen den kom frem til i «Jabbi».⁷⁸ Etter dette må EFTA-domstolen

⁷⁴ Sak E-4/19 «Campell»

⁷⁵ Sak E-4/19 «Campell» avsnitt 32.

⁷⁶ Sak E-4/19 «Campell» avsnitt 57.

⁷⁷ Sak E-4/19 «Campell» avsnitt 58.

⁷⁸ Sak E-4/19 «Campell» avsnitt 58.

forstås som at den mener direktivet har et annet innhold og en annen betydning for EØS-borgere enn for EU-borgere.

Om hva som skal til for at oppholdet skal anses reelt uttaler domstolen at:

«Reelt opphold i vertsstaten går hånd i hånd med etablering og styrking av familielivet i denne stat. Opphold i vertsstaten etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2, er et bevis på man har bosatt seg der og gjør at EØS-borgeren kan etablere eller styrke familielivet»⁷⁹

Etter ordlyden i denne uttalelsen må EFTA-domstolen forstås dithen at vilkårene for rett til opphold i mer enn tre måneder etter unionsborgerdirektivet er bestemmende for hvorvidt oppholdet har vært reelt.

I «Campell» har EFTA-domstolen fastholdt sin tolkning av rett på fri bevegelighet i EØS-retten, og på vilkårene for rett til avledet opphold i EØS-borgerens hjemland. Den fastholdt også at denne retten gjelder både for arbeidere og økonomisk ikke-aktive.

4 Konklusjon og potensielle fremtidige problemstillinger

4.1.1 Gjeldende rett for EØS-borgere

De rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen innebærer etter dette at for norske borgeres familiemedlemmer fra tredjeland oppstår rett til avledet opphold i Norge når den norske borgeren har utøvet sin rett til fri bevegelighet i et annet EØS-land.

Hva som skal til for å ha utøvet sin rett på fri bevegelighet følger av direktivets bestemmelser i artikkel 7. Har den norske borgeren hatt tilstrekkelige midler eller vært student og i tillegg hatt sykeforsikring og oppholdt seg i det andre EØS-landet i mer enn tre måneder sammen med familiemedlemmet vil den frie bevegeligheten ha vært utøvet. Det samme gjelder om den norske borgeren har hatt arbeid eller vært selvstendig næringsdrivende i et annet EØS-land, da uten krav til sykeforsikring.

Familiemedlemmene som omfattes følger av direktivets artikkel 2 og 3. opptil 21 år, ektefeller og partnere omfattes. Også samboere vil kunne omfattes. I tillegg vil forsørgede barn og forfedre i direkte slektslinje oppad omfattes.

⁷⁹ Sak E-4/19 «Campell» avsnitt 63.

Vilkårene for avledet opphold i Norge er de samme som vilkårene for avledet opphold i et annet EØS-land.

Denne oppgaven har tatt for seg EØS-rettslige regler for rett til opphold for tredjelandsborgere i EØS-borgerens hjemland. Spørsmålet tydeliggjør de utfordringene som følger av at EØS-avtalens hoveddel ikke er endret siden 1992, samtidig som EU-retten har endret sin primærlovgivning i betydelig grad, særlig med Romtraktaten.

Oppsummert er den rettslige situasjonen at EUs primærlovgivning gir mer omfattende rett til fri bevegelse enn direktivet, mens EØSs primærlovgivning gir mer begrenset rett til fri bevegelse enn det som følger av direktivet.

Der direktivet setter skranker for retten til fri bevegelse hos EU, utvider den retten til fri bevegelse i EØS. Dette fører til spenning i tolkningen av direktivet. EFTA-domstolen har løst spenningen ved å vurdere direktivet som et uttrykk for den frie bevegelse i EØS. Det innebærer at den frie bevegelse som følger av TEUV artikkel 21 for EU-borgere, følger av direktivet for EØS-borgere. EFTA-domstolens løsning har møtt både lovprisning og kritikk.⁸⁰ I dette kapitlet skal noe av kritikken og støtten presenteres.

4.1.2 Er EFTA-domstolens løsning god?

Et sentralt spørsmål som følger av den ulike fremgangsmåten for å komme til samme resultat i EØS-retten og EU-retten er hvorvidt direktivet gir mer *omfattende* rettigheter til EØS-borgere enn EU-borgere. Det er et spørsmål som kan besvares med både «ja» og «nei».

På den ene siden kan man tolke EU-domstolens uttalelse om at familiemedlemmer til EU-borgere må ha «at least» like gode vilkår i EU-borgerens hjemland som i vertsland som at EU-domstolen gir EU-borgere enda lempeligere vilkår enn det som følger av direktivet. Slik sett er det ikke utenkelig at dersom unionsborgerbegrepet ikke var fastsatt, ville EU-domstolen tolket direktivet på samme måte som EFTA-domstolen. EFTA-domstolen bruker ikke det samme begrepet, og vilkårene for opphold i hjemlandet til EU-borgeren kan slik sett antas å være lempeligere enn det som følger av EFTA-domstolens uttalelser om at det må være *på linje med* direktivets bestemmelser.

På den annen side kan det argumenteres med at siden EFTA-domstolen bruker direktivet som eneste rettsgrunnlag, i motsetning til EU-domstolen som søker støtte i unionsborgerbegrepet brytes det med konformitetsprinsippet i tolkningen og at det er problematisk. Det har også

⁸⁰ Knoph (2019) side 103.

blitt foreslått at ulikheten vil stille EU-borgere som gifter seg med en tredjelandsborger i et EØS-land vil kunne påberope seg rettigheter etter direktiver som hen ikke vil kunne påberope seg dersom de kun befant seg i EU-land og at dette derfor også kan være EU-rettslig problematisk.⁸¹

Det er en problematisering som ikke fullt ut tar høyde for EU-domstolens analogiske bruk av direktivet i Sag C-456/12 «O. og B.», eller uttalelsene om at vilkårene for opphold i hjemlandet etter utøvet rett til fri bevegelighet for EU-borgere må være *minst like gode* som vilkårene i en annen medlemsstat.

Det er vanskelig å forestille seg at det noen gang skal komme på spissen at en EU-borger har mer omfattende rett på opphold i hjemlandet etter direktivet når hen har hatt opphold i en EØS-stat enn dersom hen hadde hatt opphold i en annen EU-stat, når vilkårene er henholdsvis de samme som etter direktivet i EØS-retten og minst like lempelige som etter direktivet i EU-retten.

Hvis man anser EØS-avtalens regler for fri bevegelighet som definert av direktivet, og EU-rettens regel for fri bevegelighet som «begrenset» av direktivet vil en løsning slik den EFTA-domstolen har kommet til i sakene bevare den frie bevegelighet i EØS-retten på et tilstrekkelig høyt nivå. Konformitetsprinsippet tilsier at løsningen EFTA-domstolen peker på er den beste for å bevare den frie bevegelighet som en tilnærmet lik i EU-retten og EØS-retten.

På den annen side er spørsmålet og løsningen på det en indikasjon på et stadig mer komplisert forhold mellom EU-retten og EØS-retten. Dersom EØS-statene vil avklare spenningene mellom EU-rett og EØS-rett kan det være hensiktsmessig å gjennomgå det EØS-rettslige systemet og ta mer aktivt stilling til i hvilken grad det er ønskelig med forskjeller mellom de to systemene.

Den forskjellen som følger av at direktivet er underlagt primærlovgivningen i EU-systemet, mens den er innlemmet i vedlegg til EØS-avtalen og dermed «integrert» på samme nivå taler for at EFTA-domstolens løsning er så god som den kan få blitt. Når EU-retten og EØS-retten er to forskjellige systemer vil også løsningene på spørsmål bli forskjellige. I dette spørsmålet mener undertegnede at EØS-retten tilsier den løsningen som EFTA-domstolen har kommet til er den rette.

⁸¹ Arnesen (2017) side 128

Hva som skjer videre i det norske rettssystemet i «Campell» blir svært spennende å følge. Kanskje blir dette et tilfelle hvor Høyesterett mener det er grunn til å tilsidesette en uttalelse fra EFTA-domstolen. Rettstilstanden i norsk rett må forventes å bli avklart ved Høyesteretts behandling av saken.

Litteraturliste

Rettsavgjørrelser

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2013 s. 258

HR-2010-1130-A

HR-2016-2554-P

Lagmannsretten

LB-2017-98329-2

EU-domstolen

C-86/12 “Alokpa and Mondou-
lu” ECLI:EU:C:2013:645

Sak C-370/90 «Singh» ECLI:EU:C:1992:296

Sak C-344/87 ”Bettray” ECLI:EU:C:1989:226

Sak C-129/18 ECLI:EU:C:2019:248

Sak C-73/16 «Puškár» ECLI:EU:C:2017:725

Sak C-1/05 ”Jia” ECLI:EU:C:2007:1

Sak C-673/16 «Coman» ECLI:EU:C:2018:385

Sak C-291/05 «Eind» ECLI:EU:C:2007:771

EFTA

Sak E-26/13 «Gunnarson» E-26/13 Íslenska ríkið v Atli Gunnarsson

Sak E-4/11 «Clauder» E-4/11 Arnulf Clauder

Sak E-28/15 «Jabbi» E-28/15 Yankuba Jabbi v Staten
v/Utlendingsnemnda

Sak E-4/19 «Campell» E-4/19 Campell v. Staten v/Utlendingsnemnda

Lover

Grunnloven

Utlendingsloven

Menneskerettsloven

EØS-loven

EU-forordninger

Forordning 1612/69

Forordning 1612/68

Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelse for arbeidstakere innen Fellesskapet

EU-direktiver

Direktiv 64/221/EØF

Direktiv 68/360/EØF

Direktiv 72/194/EØF

Direktiv 73/148/EØF

Direktiv 75/35/EØF

Direktiv 90/365/EØF

Direktiv 93/96/EØF

Unionsborgerdirektivet

Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2004/28/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium

Forarbeider

Ot.prp. nr. 79 (1991–1992)

Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp. nr. 72 (2007–2008)

Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) Om lov om endringer i utlendingslovgivninga (reglar for EØS- og EFTA-

St.prp. 100 (1991–1992)	borgarar o.a.) St.prp. 100 (1991–1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
St.prp.nr.42 (2007-2008)	Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium

Konvensjoner og traktater

Wienkonvensjonen

TEUV

Traktaten om den Europæiske Unions funksjonsmåte, konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01)

Den europeiske menneskerettskonvensjonen

ODA-avtalen

Traktat om den europeiske union

7. Februar 1992

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992

Litteratur

Bøker

Arnesen (2009)

Arnesen, Finn og Are Stenvik. Internasjonalisering av juridisk metode : *Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.

- Arnesen (2018) Arnesen, Finn (red.) *Agreement on the European Economic Area : A Commentary*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, and Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. Utg. [redigert Av] Jan E. Helgesen. ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter, and Jørn Øyrehagen Sunde. *Juridisk Metode Og Tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Knoph (2019) Knoph, Ragnar, Harald Irgens-Jensen, and Mads Andenæs. *Knops Oversikt over Norges Rett*. 15. Utgave. ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Artikler

- Arnesen (2017) Arnesen, Finn «EEA - a "distinct legal order of its own?"». *Marlus*. (2017), 482, s.111-131
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard H. «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten» *Jus-sens venner* vol 48, nr. 6 (2013), s. 371–99.