

UiO : **Det juridiske fakultet**

Oppholdsrett i Norge for familiemedlemmer til norsk borger som arbeidspendler til/fra et EØS-land

Kandidatnummer: 617.

Leveringsfrist: 25.04.2023

Antall ord: 17891



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensning	4
1.4	Metodisk fremstilling	4
2	REGULERINGEN AV OPPHOLDSRETT I UTLENDINGSLOVENS	
	KAPITTEL 13	6
2.1	Rettslig grunnlag for familiemedlemmers oppholdsrett	6
2.2	Ordlydsfortolkning av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum	8
2.2.1	Introduksjon.....	8
2.2.2	Norsk borger arbeidspendler/arbeidspendlet til et annet EØS-land	9
2.2.3	Norsk borger arbeidspendler/arbeidspendlet til Norge.....	10
2.2.4	Oppsummering	11
2.3	Hva er gjeldende praksis?	11
2.3.1	Forvaltningspraksis sin rettskildemessige relevans og vekt	11
2.3.2	Instruks AI-1/2022.....	12
2.3.3	UDIs retningslinjer	13
3	EØS-RETTENS BETYDNING FOR TOLKNING AV UTLENDINGSLOVEN	
	KAPITTEL 13	14
3.1	Innledning	14
3.2	Utlendingsloven § 3 - sektormonisme	14
3.3	EØS-loven § 2.....	15
3.4	Presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning	15
3.5	Direktivkonform tolkning er ikke anvendelig.....	16
3.6	Den videre vurderingen.....	16
4	OPPHOLDSRETT FOR FAMILIEMEDLEMMER I EU-RETTE	17
4.1	Rettslig forankring av avledet oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat	17
4.2	Borgeren arbeidspendler til en annen medlemsstat fra sin hjemstat	21
4.2.1	Innledning	21
4.2.2	Krav om grenseoverskridende element	21
4.2.3	Nødvendighetskrav	22
4.3	Borgeren avslutter arbeidspendling fra sin hjemstat.....	25
4.4	Borgeren bor i vertsstat og arbeidspendler til hjemstat.....	26

4.5	Borgeren returnerer til hjemstat etter avsluttet arbeidspendling	27
4.5.1	Innledning	27
4.5.2	Krav om grenseoverskridende element	28
4.5.3	Krav om borgerens reelle opphold i vertsstaten i forbindelse med familieliv..	29
4.5.4	Krav om familiestatus før unionsborgerens retur	32
4.6	Oppsummering.....	33
5	OPPHOLDSRETT FOR FAMILIEMEDLEMMER I EØS-RETTE	34
5.1	EU-rettens betydning for tolkningen av EØS-retten.....	34
5.2	EØS-borgeren arbeidspendler/arbeidspendlet til hjemstat.....	39
5.3	EØS-borgeren arbeidspendler/arbeidspendlet fra hjemstat.....	41
5.4	Oppsummering.....	42
6	OPPHOLDSRETT I NORGE FOR FAMILIEMEDLEMMER ETTER NORSK RETT	44
6.1	Den rettslige forankring av oppholdsrett utledet av EØS-rett i intern rett.....	44
6.2	Rettsikkerhetsprinsippet og legal certainty	45
	KILDELISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven handler om oppholdsrett i Norge for familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler til/fra et EØS-land. Problemstillingen i oppgaven er om familiemedlemmer vil ha en avledet rett til opphold i Norge i de situasjonene der den norske borgeren har utøvet sin rett til fri bevegelighet innad i EØS-området etter EØS-avtalen ved pågående eller avsluttet arbeidspendling til eller fra Norge.

Utlendingsloven 2008 kapittel 13 regulerer bestemmelser om oppholdsrett i Norge for borgere som omfattes av EØS-avtalen (heretter EØS-borgere) og deres familiemedlemmer, jf. utlendingsloven § 109 første ledd. Kapitlet er en gjennomføring av unionsborgerdirektivet¹ som ble besluttet innlemmet av EØS-komiteen i EØS-avtalen, godkjent av Stortinget og ved transformasjon innlemmet i norsk intern rett.² En oppholdsrett i Norge gir familiemedlemmer en rett til å oppholde seg i Norge og arbeide eller drive ervervsvirksomhet, jf. utlendingsloven § 109 annet ledd.

Familiemedlemmer til en norsk borger kan ha rett til opphold i riket om den norske borgeren omfattes av EØS-regelverket i utlendingsloven kapittel 13. Et inngangsvilkår for at familiemedlemmer omfattes av bestemmelsene om oppholdsrett i utlendingsloven kapittel 13 er at de «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land», jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum.

Ordlyden i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum tolket i lys av lovens forarbeider og bestemmelser i utlendingsforskriften kapittel 19 er taus om arbeidspendling omfattes i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. Unionsborgerdirektivets bestemmelser, som er implementert i utlendingsloven kapittel 13, gir heller ikke direkte veiledning i tolkningen av ordlyden ettersom direktivet ikke inneholder bestemmelser som regulerer arbeidspendling.

I masteroppgaven skal jeg analysere om familiemedlemmer til en norsk borger kan gis avledet oppholdsrett i Norge når borgeren arbeidspendler til/fra et EØS-land. Jeg skal analysere hvilke krav som eventuelt stilles til den norske borgerens frie bevegelighet, ved arbeid eller bosted i et annet EØS-land under arbeidspendlingen, for familiemedlemmers oppholdsrett. Videre skal jeg analysere om oppholdsrett kan hjemles i en utvidende tolkning av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum basert på Norges forpliktelser etter EØS-retten.

¹ Direktiv 2004/38/EF

² Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) side 5 og side 6 sett i sammenheng med kgl.res. 30 oktober 2009 pkt. 3.2

Det er fire pendlersituasjoner jeg ønsker å undersøke. Det ene tilfellet er når den norske borgeren bor i Norge og arbeidspendler til et annet EØS-land. Det andre tilfellet er når den norske borgeren bor i Norge og har avsluttet arbeidspendling til et EØS-land. Det tredje tilfellet er når den norske borgeren bor i et annet EØS-land og arbeidspendler til Norge. Det siste tilfellet er situasjonen der den norske borgeren bodde i et annet EØS-land, har avsluttet arbeidspendlingen og har flyttet tilbake til Norge. Situasjonene belyser adgangen til oppholdsrett for familiemedlemmer ved borgerens arbeidspendling og eventuelt rekkevidden av avledet oppholdsrett ved borgerens utøvelse av sin frie rett til bevegelighet etter EØS-avtalen ved arbeidspendling. Familiemedlemmene vil i alle situasjonene være i Norge.

1.2 Aktualitet

En norsk borgers familiemedlemmer, som ikke selv er norsk borger eller har oppholdstillatelse i Norge etter oppholdsreglene i utlendingsloven kapittel 3 til 5, må for å kunne bosette seg i Norge med den norske borgeren være innvilget oppholdstillatelse ved de nasjonale bestemmelsene om familiegjenforening i utlendingsloven kapittel 6 eller oppfylle vilkårene i utlendingsloven kapittel 13 for oppholdsrett etter EØS-regelverket. Familiemedlemmers oppholdsrett etter kapittel 13 er betinget av at den norske borgeren har utøvet sine EØS-rettigheter, jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum, og at de spesifikke vilkårene for oppholdsrett i utlendingsloven § 111–§ 116 er oppfylt.

Det er relevant å påpeke at man kan ha både oppholdstillatelse og oppholdsrett samtidig. En oppholdstillatelse etter nasjonale regler erstatter ikke en tillatelse etter EØS-regelverket i utlendingsloven kapittel 13, men eksisterer parallelt og uavhengig av oppholdstillatelsen. Oppholdsrett kan dermed også være aktuelt for familiemedlemmer som oppfyller vilkårene for familiegjenforening.

Det er ulike vilkår som oppstilles og rettigheter som utledes av familiegjenforening ved oppholdstillatelse etter det nasjonale regelverket i utlendingsloven kapittel 6 og etter EØS-regelverket for oppholdsrett hjemlet i utlendingsloven kapittel 13. Et typisk tilfelle der forskjellen vil kunne være aktuell er i forbindelse med den norske borgerens, referansepersonenes, krav om underhold. For oppholdstillatelse stilles det krav om tidligere og fremtidig inntekt hos den norske borgeren.³ Det foregående året må den norske borgeren ha hatt en inntekt på minst 2,7 ganger grunnbeløpet i folketrygden og en tilsvarende inntekt må sannsynliggjøres for perioden familiegjenforeningen gjelder.⁴ Det er videre et krav at den norske borgeren i 12 måneder før

³ Utlendingsloven 2008 § 58 jf. utlendingsforskriften § 10-8 og § 10-9

⁴ Utlendingsloven 2008 § 58 jf. utlendingsforskriften § 10-8 og § 10-9

en eventuell oppholdstillatelse gis, ikke har mottatt økonomisk stønad.⁵ For oppholdsrett er det ikke fastsatt en minimumsinntekt for underholds krav, men kun krav om at den norske borgeren har tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og familiemedlemmer.⁶ For en borger som ikke oppfyller kravet om inntekt hjemler utlendingsloven kapittel 13 et alternativt rettslig grunnlag for familieegjenforening i riket.⁷ Når det gjelder de ulike rettighetene som utledes av de ulike oppholdstypene, redegjør jeg for disse i punkt 2.1.

Jeg bemerker at familiemedlemmer etter EØS-regelverket har sterkere utvisningsvern enn ved oppholdstillatelse etter utlendingsloven kapittel 6. Ved oppholdsrett kreves det at «hensynet til offentlig orden eller sikkerhet» tilsier en utvisning og at utvisningen ikke vil være et uforholdsmessig tiltak, jf. utlendingsloven § 122 første ledd første punktum og fjerde ledd første punktum. Det presiseres i utlendingsforskriften § 19-29 annet ledd at det skal foreligge «en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn, utover den forstyrrelse av samfunnsordenen enhver lovovertrødelse innebærer». For familiemedlemmer med oppholdstillatelse etter kapittel 6 er soning eller ilagt straff som kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år er tilstrekkelig for utvisning, jf. utlendingsloven § 67.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet instruerte Utlendingsdirektoratet (UDI) om tolkningen av vilkår for oppholdsrett i Norge for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere ved instruks AI/1-2022, utstedt 25.januar 2022. I instruksens punkt 5 belyses det vilkår som må være oppfylt for at familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler eller arbeidspendlet kan gis avledet oppholdsrett i Norge. Instruksen viser behovet for opplysning om rettigheter og vilkår for familiemedlemmers oppholdsrett ved borgerens arbeidspendling når nasjonale rettskilder er tause.

Tall fra Statistisk Sentralbyrå (SSB) viser at det var 1754 personer som arbeidspendlet til et nordisk land med bosted i Norge i fjerde kvartal av 2017.⁸ SSB har ikke innhentet oppdaterte tall og begrunner dette med betydelig ressursbruk ved en felles nordisk innhenting av en slik statistikk.⁹ I fjerde kvartal i 2020 var det over 79 000 personer som jobbet i Norge uten å være bosatt i riket.¹⁰ SSB bemerket at tallene inkluderte norske borgere som arbeidspendlet, uten å presisere det konkrete antallet.

⁵ Utlendingsforskriften § 10-10

⁶ Utlendingsforskriften § 19-13 første og annet ledd

⁷ Utlendingsloven 2008 § 54 jf. § 58

⁸ Statistisk sentralbyrå (2021) a

⁹ Statistisk sentralbyrå (2021) b

¹⁰ Statistisk sentralbyrå (2021) c

Avklaring av muligheten for og eventuelt grunnvilkår for familiemedlemmers oppholdsrett etter utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum og EØS-retten, når den norske borgeren har arbeidspendlet eller arbeidspendler, er viktig når vilkårene for alminnelig familiegjenforening ikke er oppfylt og når borger ønsker at familiemedlemmer får rettigheter som en oppholdsrett gir.

1.3 Avgrensning

Masteroppgaven skal avklare om familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler eller arbeidspendlet til/fra et EØS-land kan gis oppholdsrett, eventuelt hvilke tilfeller som kan gi oppholdsrett samt grunnvilkår som må oppfylles. Jeg avgrenser derfor masteroppgaven mot oppholdsrett for familiemedlemmer som er forankret i unntak fra grunnvilkårene for avledet oppholdsrett.

1.4 Metodisk fremstilling

Masteroppgaven er rettsdogmatisk. Rettskildebildet preges av manglende veiledning om problemstillingen på nasjonalt nivå i utlendingslovens forarbeider, nasjonal rettspraksis og juridisk litteratur.

Tema i masteroppgaven berører både utlendingsrett og EØS-retten. Et metodisk spørsmål er derfor om vurderingen skal starte i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum, som regulerer om norske borgeres familiemedlemmer kan omfattes av de EØS-rettslige oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13, eller om vurderingen skal begynne i EØS-retten grunnet Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Da problemstillingen er innenfor EØS-rettens anvendelsesområde mener Arnesen og Stenvik at vurderingen skal starte med EØS-retten.¹¹ De mener det deretter skal vurderes om nasjonal rett hindrer at slutningen fra EØS-retten får anvendelse på nasjonal rett. Den samme fremgangsmåten tilsluttes av Fredriksen og Mathisen, men de påpeker imidlertid at «[f]ra en EØS-rettslig synsvinkel er det resultatet, ikke fremgangsmåten, som interesserer.»¹² Jeg mener det er naturlig i min masteroppgave å starte i nasjonal rett før jeg går inn i EU- og EØS-retten og deretter kommer med en avsluttende vurdering av oppholdsrett for familiemedlemmene i Norge. Om oppholdsrett for familiemedlemmene til en norsk borger som arbeidspendler kunne leses ut fra ordlyden i bestemmelsen, forarbeidene, utlendingsforskriften eller var klargjort av Høyesterett, ville det ikke vært en problemstilling. Jeg skal belyse den manglende rettslige reguleringen i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum av oppholdsrett for familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler. Jeg skal videre analysere EØS-rettens oppholdsrett for

¹¹ Arnesen (2015) s. 71 – 74

¹² Fredriksen (2022) s. 426 – 427

familiemedlemmer ved EØS-borgerens arbeidspendling og vurdere om oppholdsrett har rettslig forankring i nasjonal rett.

Det er i hovedsak EØS-rettens primærrett og sekundærrett ved unionsborgerdirektivet, tolket i lys av rettsavgjørelser avsagt av EFTA-domstolen og EU-domstolen, som regulerer familiemedlemmers oppholdsrett ved EØS-borgerens pendling. Rettsavgjørelsene særpreges av kjernen i EØS-avtalen og kjernen i Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (heretter TFEU), det sentrale effektivitetshensynet og homogenitetsprinsippet.¹³

Masteroppgaven er inndelt i seks kapitler. Etter de innledende bemerkningene i kapittel 1, belyser jeg i kapittel 2 den rettslige reguleringen for oppholdsrett for familiemedlemmer av norsk borger i utlendingsloven kapittel 13. Jeg analyserer ordlyden i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum og vurderer om pendlersituasjoner skal innfortolkes i bestemmelsen.

I kapittel 3 analyserer jeg EØS-rettens betydning for tolkningen av utlendingsloven kapittel 13. I vurderingen ser jeg til EØS-rettens påvirkning og betydning ved sektormonisme i utlendingsloven § 3, EØS-loven § 2, presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning.

Oppholdsrett for familiemedlemmer etter EU-retten ved borgerens arbeidspendling analyserer jeg i kapittel 4. Jeg begynner med å redegjøre den rettslige forankringen av avledet oppholdsrett i unionsborgerens (EU-borgerens) hjemstat og belyser de særegne bestemmelsene om unionsborgerskap i TFEU artikkel 20 flg. Videre analyserer jeg om familiemedlemmer har oppholdsrett etter EU-retten, i hvilke pendlersituasjoner det kan innvilges oppholdsrett og eventuelt hvilke vilkår som må oppfylles. Jeg tillegger i mine slutninger stor betydning på momenter jeg utleder av EU-domstolens avgjørelser om familiemedlemmers oppholdsrett ved unionsborgeres arbeidspendling.

Jeg vurderer EU-domstolens avgjørelser i kapittel 4 før EFTA-domstolens avgjørelser i kapittel 5, ettersom EFTA-domstolen viser til EUs rettspraksis. EFTA-domstolen er forpliktet til å vektlegge EU-domstolens praksis avsagt før undertegnelsen av EØS-avtalen i sin tolkning av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 6 jf. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (heretter ODA-avtalen) artikkel 3 nr.2. EFTA-domstolen skal videre «ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser» i EU-domstolen som berører EØS-avtalen, jf. ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2.

¹³ Se bl.a. sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 55, sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 60 og 68, case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 54, case C-370/90 *Singh* avsnitt 23

I kapittel 5 analyserer jeg muligheten og eventuelle vilkår for familiemedlemmers oppholdsrett etter EØS-retten. Jeg starter med å vurdere EU-rettens betydning for tolkingen av familiemedlemmers oppholdsrett i EØS-retten. I den forbindelse analyserer jeg betydningen av at unionsborgerskapet ikke har en parallell i EØS-avtalen og vurderer hvilken innvirkning topilarsystemet i EØS og homogenitetsprinsippet har for EFTA-domstolens tolkning av familiemedlemmers oppholdsrett. Jeg vurderer deretter oppholdsrett for familiemedlemmer i EØS-borgerens hjemstat når EØS-borgeren arbeidspendler eller har arbeidspendlet til hjemstat fra en annen medlemsstat. Jeg skal også vurdere situasjoner når EØS-borgeren arbeidspendler eller arbeidspendlet fra hjemstat. I dette kapitlet benytter jeg meg av EU-domstolens avgjørelser og EFTA-avgjørelsene *Jabbi*¹⁴ og *Campbell*¹⁵ som er relevante tolkningsmomenter for vurderingen.

I kapittel 6 analyserer jeg oppholdsrett i Norge etter norsk rett for familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler eller har arbeidspendlet til/fra et EØS-land. Jeg begynner med å vurdere den rettslige forankringen av familiemedlemmers avledede oppholdsrett utledet av EØS-retten i norsk intern rett. Til slutt vurderer jeg om reguleringen i intern rett av familiemedlemmers oppholdsrett i Norge oppfyller kravet om rettsikkerhet i intern rett og legal certainty i EØS-retten.

2 Reguleringen av oppholdsrett i utlendingslovens kapittel 13

2.1 Rettslig grunnlag for familiemedlemmers oppholdsrett

Utlendingers oppholdsrett i Norge reguleres i norsk rett av utlendingslovens kapittel 13.¹⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatens territorium (unionsborgerdirektivet) sine bestemmelser ble ved transformasjon innlemmet i norsk intern rett ved utlendingsloven 2008 kapittel 13, etter at EØS-komiteen besluttet å innlemme direktivet i EØS-avtalen.¹⁷ Bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 må følgelig tolkes i lys av de tilsvarende bestemmelsene i unionsborgerdirektivet. Ettersom bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 med få unntak speiler direktivets bestemmelser vil jeg i denne redegjøringen av oppholdsrett kun henvise til de tilsvarende bestemmelsene i unionsborgerdirektivet. Dette er begrunnet i at underkapittelets formål er å kort belyse hva det generelle rettslige grunnlaget for familiemedlemmers oppholdsrett i utlendingsloven kapittel 13 er.

¹⁴ Sak E-28/15 *Jabbi*

¹⁵ Sak E-4/19 *Campbell*

¹⁶ Utlendingsloven 2008 § 109 annet ledd jf. første ledd

¹⁷ Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 5 og s. 6 sett i sammenheng med kgl.res. 30 oktober 2009 pkt. 3.2

Utlendingsloven kapittel 13 regulerer «retten til innreise og opphold i riket for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen», jf. utlendingsloven § 109 første ledd. EØS-borgere og deres familiemedlemmer omfattes av kapittelet med forbehold som jeg skal belyse i dette delkapittelet. Om familiemedlemmer til en norsk borger «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land», jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum, kan de benytte seg av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13. Jeg utleder av ordlyden i bestemmelsen at det stilles krav om et grenseoverskridende element da EØS-borgeren må ha utøvet sin rett i et annet EØS-land.

I utlendingsloven § 110 tredje ledd har lovgiver oppstilt en ikke uttømmende liste av hvilke familiemedlemmer som kan omfattes av bestemmelsene om oppholdsrett i utlendingsloven kapittel 13.¹⁸ En EØS-borgers ektefelle, registrerte partnerskap,¹⁹ samboer og slektninger i direkte nedstigende linje under 21 år eller som forsørges av borgeren eller ektefeller, omfattes av begrepet familiemedlemmer. Slektninger av EØS-borgeren eller borgerens ektefelle eller samboer, i direkte oppstigende linje fra dem, som forsørges av dem, stilles opp i den samme bestemmelsen. Utlendingsforskriften § 19-7 regulerer hvilke andre familiemedlemmer som kan gis avledet oppholdsrett. Jeg gjør oppmerksom på at de nevnte familiemedlemmene i utlendingsloven § 110 tredje ledd speiler familiemedlemmene som er forankret i unionsborgerdirektivet artikkel 2 nr. 2, med unntak av samboere. For andre familiemedlemmer enn de som er forankret i unionsborgerdirektivet artikkel 2 nr. 2, krever unionsborgerdirektivet artikkel 3 nr. 2 bokstav a kun at vertsstaten skal «lette innreise og opphold» for disse om «de i staten de kommer fra forsørges av eller tilhører husstanden til den unionsborger som har primær oppholdsrett ...». Begrepet «vertsstat» defineres i unionsborgerdirektivet artikkel 2 nr. 3 som «den medlemsstat som en unionsborger flytter til for å utøve sin rett til fri bevegelighet og fritt opphold», og jeg vil i det følgende benytte meg av denne definisjonen.

Oppholdsrett gir en rett til å oppholde seg og arbeide i riket, med forbehold om begrensninger hjemlet i kapittelet.²⁰ Det er tre former for oppholdsrett EØS-borgeren og familiemedlemmene kan gis ut fra oppholdets varighet i Norge. Familiemedlemmers oppholdsrett i Norge er avledet ettersom den baseres på EØS-borgerens oppholdsrett.

Familiemedlemmers oppholdsrett i Norge i inntil tre måneder er for tredjelandsborgere regulert i utlendingsloven § 111 annet ledd. Bestemmelsen tilsvarer unionsborgerdirektivet artikkel 6

¹⁸ Utlendingsloven 2008 § 110 femte ledd

¹⁹ Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 62

²⁰ Utlendingsloven 2008 § 109 annet ledd

nr. 2. Familiemedlemmer har en gyldig oppholdsrett i riket i denne perioden om de har gyldig pass og «følger eller gjenforenes» med den norske borgeren.

Oppholdsrett for over tre måneder reguleres for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere av utlendingsloven § 114 første ledd jf. utlendingsloven § 113 første og annet ledd. Bestemmelsen tilsvarende unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 2. Familiemedlemmers oppholdsrett i Norge er basert på at EØS-borgeren har pågående oppholdsrett i Norge i henhold til utlendingsloven § 112 første ledd. Den norske borgeren må følgelig for familiemedlemmers oppholdsrett, forankret i utlendingsloven § 112 første ledd bokstav a til d, enten være arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, yte tjenester, ha tilstrekkelig midler til at oppholdet ikke vil være en byrde for Norge og ha sykeforsikring som dekker risikoer under oppholdet, eller gå på en godkjent utdanningsinstitusjon. Vilkårene må oppfylles i Norge.

Familiemedlemmer har rett på varig oppholdsrett i riket om tredjelandsborgeren har bodd med den norske borgeren og hatt fem år sammenhengende lovlig opphold i Norge, jf. utlendingsloven § 116 første ledd. Bestemmelsen tilsvarende unionsborgerdirektivet artikkel 16 nr. 2 og åpner for at midlertidige fravær ikke avskjærer oppholdsrett.

Spørsmålet er om en norsk borger som har utøvet sin rett til fri bevegelighet i et annet EØS-land samtidig som borgeren har opprettholdt tilknytning til Norge, ved arbeid eller bosted, omfattes av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. I det videre skal jeg analysere om familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler eller arbeidspendlet til/fra et EØS-land omfattes av bestemmelsen og dermed om familiemedlemmer kan gis avledet oppholdsrett i Norge etter utlendingsloven kapittel 13. Vurderingen starter med en analysing av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum isolert fra de ulike situasjonene for arbeidspendling.

2.2 Ordlydsfortolkning av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum

2.2.1 Introduksjon

Et krav for at familiemedlemmer til den norske borgeren omfattes av bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 og kan gis en avledet oppholdsrett i Norge er etter utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum at familiemedlemmene «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land.» Bestemmelsen inneholder tre vilkår.

Det første vilkåret er at den norske borgeren må «ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land» enn sitt eget. Bestemmelsen krever følgelig at den frie bevegeligheten var grenseoverskridende. Retten til fri

bevegelse i EØS-avtalen er hjemlet i de fire friheter i EØS-avtalen del III som regulerer fri bevegelse for personer, tjenester og kapital og del II som regulerer fritt varebytte. En norsk borger som er arbeidstaker i et annet EØS-land enn Norge, jf. EØS-avtalen artikkel 28 eller som har bosted i et annet EØS-land enn Norge, jf. unionsborgerdirektivet artikkel 3 nr. 1, oppfyller vilkåret om grenseoverskridende element.

Det andre vilkåret er at familiemedlemmene «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer» til Norge. En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at det stilles krav om at familiemedlemmer må reise inn til Norge samtidig med, jf. «følger,» eller innen kort tid, jf. «slutter seg til», etter den norske borgeren returnerer til riket.

Det tredje vilkåret er at den norske borgeren «returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelse». En alminnelig ordlydsfortolkning av «returnerer til riket» er at borgeren ikke har hatt tilknytning til Norge under oppholdet i utlandet. Grunnet lovgivers bruk av presensformen «returnerer» og ikke preteritumsformen «har returnert», kan returkravet tolkes som om den omfatter både gjentakende reiser tilbake til Norge og en nærstående endelig reise tilbake til Norge. Returkravet må imidlertid tolkes i sammenheng med kravet om at familiemedlemmene skal følge med borgeren ved borgerens retur til Norge. Det er derfor nærliggende å tolke bestemmelsen slik at gjentakende reiser til Norge ved arbeidspendling ikke omfattes av bestemmelsen. En slik tolkning styrkes ved at lovgiver har stilt krav om at returen skal skje «etter å ha utøvet» retten til fri bevegelse.

De nasjonale rettskildene er tause om hvordan vilkårene i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punkt skal tolkes og om arbeidspendling kan innfortolkes i bestemmelsen. Verken lovforarbeidene²¹ til utlendingsloven kapittel 13 eller utlendingsforskriften kapittel 19, som utpensler utlendingsloven kapittel 13 sine bestemmelser, gir veiledning.

Jeg skal i det følgende analysere om familiemedlemmer til en norsk borger ved borgerens pågående eller avsluttede arbeidspendling omfattes av utlendingsloven kapittel 13 sine oppholdsrettsbestemmelser. Familiemedlemmer må da oppfylle inngangsvilkåret i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum.

2.2.2 Norsk borger arbeidspendler/arbeidspendlet til et annet EØS-land

En norsk borger som arbeidspendler til et annet EØS-land utøver sin rett til fri bevegelse forankret i EØS-avtalen artikkel 28. I utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum står det at borgeren må returnere til Norge etter utøvelse av sin rett til fri bevegelse i et annet EØS-land. Som redegjort i punkt 2.2.1, vurderer jeg at bestemmelsen ikke gir rettslig grunnlag for at

²¹ Se Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 62

returkravet omfatter gjentakende reiser tilbake til Norge ved arbeidspendling. For at familiemedlemmene til EØS-borgeren skal kunne omfattes av utlendingsloven kapittel 13 må utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum tolkes utvidende.

En norsk borger som har avsluttet sin arbeidspendling til Sverige har utøvet retten til fri bevegelse, jf. EØS-avtalen artikkel 28, jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. Den norske borgeren må videre ved avsluttet pendling returnere til Norge for å oppfylle vilkårene i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. En alminnelig ordlydsfortolkning av begrepet returnerer til riket tilsier imidlertid at borgeren ikke kan ha hatt tilknytning til Norge. Ettersom borgeren samtidig med arbeidet i et annet EØS-land har vært bosatt i Norge, og følgelig har hatt en pågående tilknytning til Norge, faller denne arbeidspendlingen utenfor ordlyden i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. Familien til den norske borgeren vil av denne grunn ikke oppfylle vilkåret om å følge med en borger som returnerer til riket etter utøvelsen av fri bevegelse. Bestemmelsen må tolkes utvidende for at familiemedlemmene skal omfattes av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13.

2.2.3 Norsk borger arbeidspendler/arbeidspendlet til Norge

Den norske borgeren utøver sin rett til fri bevegelse på to måter under denne type arbeidspendling. Borgeren utøver arbeid i et annet EØS-land enn borgeren er bosatt i, jf. EØS-avtalen artikkel 28, og er samtidig bosatt i en annet EØS-land enn sitt hjemland, jf. unionsborgerdirektivet artikkel 3 nr. 1.

For at familiemedlemmer skal omfattes av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 er det krav om at de «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelse etter EØS-avtalen ... i et annet EØS-land». Som analysert i punkt 2.2.1 mener jeg begrepet «returnerer» taler for at bestemmelsen ikke omfatter gjentakende reiser til Norge.

Når den norske borgeren har pågående pendling til Norge fra bosted i et annet EØS-land mener jeg familiemedlemmene ikke følger med eller slutter seg til en norsk borger som «returnerer» til Norge. Familiemedlemmer omfattes dermed ikke av utlendingslovens kapittel 13, jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum, og kan følgelig ikke få en avledet oppholdsrett i riket som familiemedlem.

Ved avsluttet arbeidspendling og fortsatt bosted i et annet EØS-land returnerer ikke den norske borgeren til Norge. Familiemedlemmer vil følgelig ikke omfattes av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum da de ikke «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket». Familiemedlemmer omfattes av denne grunn ikke av utlendingsloven kapittel 13 og familiemedlemmene kan ikke gis oppholdsrett i Norge.

Om familiemedlemmer ved borgerens retur til Norge etter avsluttet arbeidspendling fra et annet EØS-land er omfattet av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum er de nasjonale rettskildene tause om. Bestemmelsens ordlyd, forarbeider eller utlendingsforskriften uttaler seg ikke om borgerens tilknytning til riket under utøvelsen av rett til fri bevegelse er til hinder for at familiemedlemmer omfattes av bestemmelsen. Legalitetsprinsippet tilsier at det må være hjemmel for å gripe inn i borgerens rettsstilling. Tausheten i de nasjonale rettskildene kan følgelig tyde på at nasjonal rett ikke er til hinder for at familiemedlemmer omfattes av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum ved borgerens retur til Norge. Jeg konkluderer dermed med at familiemedlemmer er omfattet av denne bestemmelsen og av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13.

2.2.4 Oppsummering

Ordlyden i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum, Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) og utlendingsforskriften uttaler seg ikke om familiemedlemmers oppholdsrett ved norsk borgers arbeidspendling. Jeg konkluderer med at de norske rettskildene ikke forankrer oppholdsrett for familiemedlemmer til norsk borger som arbeidspendler eller arbeidspendlet til et annet EØS-land ettersom jeg mener familiemedlemmene ikke følger med eller slutter seg til en borger som returnerer til riket. Når borgeren bor i et annet EØS-land etter avsluttet arbeidspendling har familiemedlemmer heller ikke oppholdsrett i Norge. Ved borgerens flytting til Norge etter avsluttet arbeidspendling fra et annet EØS-land mener jeg tausheten i de norske rettskildene indikerer at nasjonal rett ikke er til hinder for at familiemedlemmer omfattes av returkravet i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum selv om borgeren har hatt enn opprettholdt tilknytning til Norge. Jeg mener følgelig at familiemedlemmer ved borgerens flytting til Norge omfattes av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13.

2.3 Hva er gjeldende praksis?

2.3.1 Forvaltningspraksis sin rettskildemessige relevans og vekt

Boe uttrykker at forvaltningspraksis kan ha relevans som tolkningsfaktor.²² Han bemerker også at vekten vil variere basert på instans og sak.²³ I følge Eckhoff og Helgesen er hvor «fast, utbredt og varig» praksisen er og hvilket organ praksisen utledes fra relevante momenter for vurderingen av forvaltningspraksis sin vekt for domstolene.²⁴ En mangel på rettslig forankring avverges ikke av forvaltningspraksis ettersom norsk rett har et legalitetskrav og

²² Boe (2021) s. 411

²³ Ibid. s. 422

²⁴ Eckhoff (2001) s. 233

forvaltningspraksis ikke er rettslig bindende.²⁵ Jeg utleder at forvaltningspraksis kan være en relevant tolkningsfaktor for vurderingen av familiemedlemmers oppholdsrett når den norske borgeren arbeidspendler eller har arbeidspendlet. Jeg skal i de neste to punktene undersøke hvordan familiemedlemmers oppholdsrett er regulert i instruks og rundskriv.

2.3.2 Instruks AI-1/2022

Arbeids- og inkluderingsdepartementet utstedte AI-1/2022 «instruks om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere» for klargjøring av vilkårene for familiemedlemmers oppholdsrett i utlendingsloven kapittel 13.²⁶ Departementet har en alminnelig instruksjonsadgang for blant annet lovtolkning av bestemmelsene i utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 76 annet ledd. Departementet skriver i instruksens punkt 5 at en avledet oppholdsrett kan gis familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler under visse vilkår. En norsk borger som bor i Norge og arbeidspendler til et annet EØS-land (heretter også annen medlemsstat) er en situasjon for familiemedlemmers oppholdsrett som nevnes av departementet. Videre instruerer departementet at familiemedlemmene kan ha oppholdsrett ved norsk borgers retur til Norge etter avsluttet arbeidspendling og forutgående bosted i en annen medlemsstat.²⁷ Departementet tolket utlendingsloven § 112 jf. § 114 i «lys av avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen».²⁸

I instruksen punkt 5 stilles det krav om at UDI ved saksbehandling skal gjøre en konkret vurdering av om den norske borgeren under utøvelse av retten til fri bevegelse hjemlet i utlendingsloven § 112 første ledd bokstav a eller b samtidig arbeidspendler. Departementet nevner arbeidspendlere som omfattes av EØS-avtalen artikkel 28 eller artikkel 36.

En oppholdsrett for familiemedlemmer til norsk borger som er bosatt i Norge og arbeidspendler til en annen medlemsstat kan gis om borgeren utøver sitt arbeid «helt eller delvis» i en annen medlemsstat og pendlingen er regelmessig, jf. AI-1/2022 punkt 5. I samme punkt stilles det krav om at familiemedlemmers opphold i Norge må være «nødvendig» for borgerens utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat og nevnes eksempelvis at «familiemedlemmet tar seg av barn i Norge».

For en norsk borger som bor i en annen medlemsstat med familiemedlemmer og arbeidspendler til Norge vil en samlet retur til Norge kunne gi familiemedlemmer oppholdsrett, jf. AI-1/2022 punkt 5. Det stilles krav til den norske borgerens opphold i en annen medlemsstat og oppholdet

²⁵ Eckhoff (2018) s. 39

²⁶ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) pkt. 1

²⁷ Ibid. pkt. 5

²⁸ Ibid. pkt. 2

i Norge. For oppholdet i en annen medlemsstat kreves det at oppholdet har vært lovlig,²⁹ «vært reelt, herunder at familielivet er etablert eller styrket under oppholdet i EØS-staten, og at det som hovedregel har vart i minst tre måneder».³⁰ For oppholdet i Norge instruerer departementet at den norske borgeren må oppfylle vilkårene i utlendingsloven § 112 i Norge. Borgeren må følgelig enten ha arbeid i Norge, være selvstendig næringsdrivende, yte tjenester, være student eller ha tilstrekkelige midler til oppholdet.³¹ Videre må familiemedlemmer returnere sammen med borgeren eller hver for seg innen en tidsmessig sammenheng.³² Instruksjonen er følgelig klar på at det kun er ved flytting tilbake til Norge at familiemedlemmer kan gis en avledet oppholdsrett.

Sett til departementets instruksjonsadgang legger jeg til grunn at familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler til en annen medlemsstat fra bosted i Norge etter gjeldende praksis kan gis avledet oppholdsrett i Norge. Jeg utleder videre at dette også gjelder familiemedlemmer til en norsk borger som returnerer til Norge etter arbeidspendling til Norge fra bosted i en annen medlemsstat.

Instruksjonen regulerer ikke tilfellet der en norsk borger bor i Norge og har avsluttet arbeidspendling til en annen medlemsstat. Den regulerer heller ikke situasjonen der en norsk borger bor i en annen medlemsstat og arbeidspendler til Norge. Jeg legger til grunn at disse situasjonene i praksis ikke omfattes av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13.

2.3.3 UDIs retningslinjer

UDI 2011-035 «Rutiner for EØS-regelverket» og UDI 2010-025 «Familieinnvandring med EØS-borger» er UDIs retningslinjer ved saksbehandling av om familiemedlemmer oppfyller vilkår for oppholdskort. Retten til oppholdskort beror på om familiemedlemmer oppfyller vilkår for oppholdsrett i Norge. Rundskrivene gir ikke veiledning om familiemedlemmer omfattes av utlendingsloven kapittel 13 når den norske borgeren arbeidspendler til/fra et annet medlemsstat. Ettersom UDI er instruert av departementet ved AI-1/2022 anser jeg instruksjonen som uttrykk for gjeldende praksis.

²⁹ Ibid. pkt. 4.1

³⁰ Ibid. pkt. 5

³¹ Ibid. pkt. 4.2 jf. utlendingsloven 2008 § 112 første ledd

³² Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022) pkt. 4.2

3 EØS-rettens betydning for tolkning av utlendingsloven kapittel 13

3.1 Innledning

Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp,³³ som betyr at det er et skille mellom intern rett og folkeretten. Internasjonal rett må av den grunn implementeres i norsk rett ved lov eller forskrift for å bli en del av norsk intern rett og kunne anvendes direkte. Utlendingsloven §3 hjemler et unntak fra det dualistiske prinsippet på utlendingsrettens område. Internasjonale regler som Norge er bundet av og som har til formål å styrke individers stilling er ved denne bestemmelsen en del av norsk intern rett. Presumsjonsprinsippet presumerer at norsk rett skal tolkes så langt som mulig å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.³⁴ En tilsvarende folkerettslig tolkning på EØS-området kalles EØS-konform tolkning. I det videre skal jeg vurdere EØS-rettens betydning for tolkning av utlendingsloven kapittel 13 nærmere.

3.2 Utlendingsloven § 3 - sektormonisme

I utlendingsloven § 3 er det skrevet at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Jeg bemerker at ordlyden ikke taler for at bestemmelsen kun er anvendelig ved konfliktilfeller. Bestemmelsen er uttrykk for sektormonisme³⁵ på utlendingsrettens område ved at internasjonale regler gis «direkte internrettslig virkning (...)» i utlendingsloven.³⁶ Bestemmelsen hjemler følgelig unntak fra utgangspunktet om dualisme i nasjonal rett og viderefører utlendingsloven 1988 § 4. Det fremgår av ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 401 at bestemmelsen omfatter Norges «nåværende og fremtidige internasjonale forpliktelser».

For å ikke skape inntrykk av at enkelte av Norges folkerettslige forpliktelser er viktigere enn andre har lovgiver ikke hjemlet i forarbeidene hvilke internasjonale forpliktelser som omfattes av bestemmelsen.³⁷ Det er imidlertid presisert at formålet må være å gi individet «et spesielt vern eller spesielle rettigheter (...)» og at det er av betydning at utlendingen kan «påberope» seg de internasjonale reglene.³⁸

Norge er folkerettslig forpliktet av EØS-avtalen, jf. EØS-loven § 1. I EØS-avtalen del II og III forankres EØS-borgeres rettigheter i EUs indre marked. Unionsborgerdirektivets

³³ Fredriksen (2022) s. 390

³⁴ Rt. 2000 s. 1811 s. 1826

³⁵ NOU 2004: 20 s. 73

³⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 47

³⁷ Ibid. s. 47

³⁸ Ibid. s. 47 og NOU 1983: 47 s. 314

bestemmelser, som fastsetter vilkår for retten til fri bevegelighet og opphold for EØS-borgere og deres familiemedlemmer,³⁹ ble implementert av lovgiver i utlendingsloven kapittel 13. Direktivet har bestemmelser om arbeidstakeres rett til fri bevegelighet og EØS-borgeres etableringsrett.⁴⁰ En tolkning av utlendingsloven kapittel 13 og dens bestemmelser må dermed anvendes i samsvar med EØS-retten, jf. utlendingsloven § 3. EØS-retten må benyttes til ««tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning»».⁴¹

3.3 EØS-loven § 2

Norsk rett er ved konflikt med EØS-rettslige regler forpliktet til å gi forrang for bestemmelser som oppfyller de EØS-rettslige forpliktelsene, jf. EØS-loven § 2. Bestemmelsen hjemler at ved konflikt over samme forhold får de EØS-rettslige bestemmelsene i lov forrang over andre bestemmelser. Ved konflikt med forskrift eller en senere lov gis forskriften som oppfyller den EØS-rettslige forpliktelsen forrang. Jeg utleder av EØS-loven § 2 at om bestemmelsene i utlendingsloven er i motstrid med lov eller forskrift som skal oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-loven, skal de EØS-rettslige forpliktelsene ha forrang. I motsetning til utlendingsloven § 3, anvendes EØS-loven § 2 kun ved konfliktilfeller. Bestemmelsen oppfyller kravet i EØS-avtalens protokoll 35 om en nasjonal lovregel om forrang for EØS-regler ved konflikt med andre lovregler. Protokollen har til formål å skape en ensartet etterlevelse av EØS-avtalen. Ettersom forpliktelsen er regulert i lovsform har Stortinget forbehold muligheten til å i ettertid kunne fravike forpliktelsen ved lovsform eller vedta lover som strider mot Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det fremgår av Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) at lovgiver ikke har ment at bestemmelsen skal innebære innskrenking i Stortingets adgang til å vedta lover som kan stride med forpliktelsene etter EØS-avtalen.⁴²

3.4 Presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning

Presumsjonsprinsippet er utviklet i rettspraksis. Høyesterett uttalte i *Finanger I* at «norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser» i henhold til presumsjonsprinsippet.⁴³ Høyesterett uttrykte videre at prinsippets gjennomslagskraft er «avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregelen er knyttet til».⁴⁴ Det ble i EØS-lovens forarbeider utalt av lovgiver at presumsjonsprinsippet også anvendes i forhold til EØS-avtalen,⁴⁵ som inkluderer «avtalens hoveddel,

³⁹ Direktiv 2004/38/EF artikkel 1

⁴⁰ EØS-avtalen artikkel 28 nr. 5 og artikkel 31 nr. 2

⁴¹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 401, opprettholdt fra Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 46

⁴² Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 5

⁴³ Rt. 2000 s.1811 s. 1826

⁴⁴ Ibid. s. 1829

⁴⁵ Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 3

dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem.»⁴⁶ Presumsjonsprinsippet krever dermed at bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 så langt som mulig tolkes i samsvar med EØS-avtalen. Når slik tolkning ikke kan utledes av tolkningsregler er det de nasjonale reglene som har forrang og bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 uttrykker da gjeldende norsk rett.

Fredriksen og Mathisen anser presumsjonsprinsippet som den nasjonale ekvivalens til EØS-konform tolkning.⁴⁷ Både presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning krever at tolkningsfaktorene skal strekkes så langt som mulig slik at norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. For presumsjonsprinsippet siktes det til alle Norges folkerettslige forpliktelser. For EØS-konform tolkning siktes det til at norsk rett skal presumeres så langt som mulig ved bruk av nasjonale tolkningsregler til å gis et innhold som samsvarer med Norges EØS-rettslige forpliktelser.⁴⁸ Høyesterett bemerker i *Finanger I* at «klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett» ikke kan tolkes bort ved EØS-konform tolkning.⁴⁹ Lojalitetsbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 3 lest i lys av EØS-avtalens formål uttrykt i fjerde betraktning i fortalen: «å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde (...)», forstår jeg å være det rettslige grunnlaget for kravet om EØS-konform tolkning.

3.5 Direktivkonform tolkning er ikke anvendelig

Når direktiv ikke er gjennomført i norsk rett eller ikke er korrekt gjennomført benyttes direktivkonform tolkning da det «avhjelper uklarheter og ufullkommenheter i gjennomføringslov-givningen» og «mangelfull gjennomføring (...)».⁵⁰ Dette betyr at norsk rett og dens bestemmelser må tolkes så langt som mulig å være i samsvar med ordlyden og formålet i direktivet. Unionsborgerdirektivet er gjennomført i norsk rett. Direktivet regulerer derimot ikke direkte i artiklenes ordlyd situasjoner der vedkommende pendler. En direktivkonform tolkning er av den grunn ikke anvendelig ved tolkningen av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum.

3.6 Den videre vurderingen

Utlendingsloven § 3, EØS-loven § 2, presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning påvirker tolkningen av utlendingsloven kapittel 13. Utlendingsloven § 3 forankrer at utlendingsloven skal tolkes i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet uttrykker at den like fortolkningen kun rekker så langt nasjonale metoderegler åpner for. På EØS-rettens område rekker EØS-konform tolkning like lagt som presumsjonsprinsippet.

⁴⁶ EØS-avtalen artikkel 2 bokstav a

⁴⁷ Fredriksen (2022) s. 422

⁴⁸ Arnesen (2022) s. 648

⁴⁹ Rt. 2000 s.1811 s. 1829

⁵⁰ Arnesen (2022) s. 627

Ved konflikt mellom nasjonal rett som gjennomfører de EØS-rettslige forpliktelsene og annen nasjonal rett, har den førstnevnte forrang.

Ettersom familiemedlemmers oppholdsrett utledes av EU- og EØS-retten skal jeg i de neste kapitlene analysere hvordan EU- og EØS-retten forholder seg til familiemedlemmers avledede oppholdsrett ved borgerens arbeidspendling og hvilke vilkår som må være oppfylt, før jeg vurderer den rettslige forankringen av familiemedlemmers oppholdsrett utledet av EØS-retten i intern rett. I denne forbindelse er det naturlig å analysere om unionsborgerdirektivet kan tolkes analogisk til å utlede oppholdsrett for familiemedlemmer ved borgerens arbeidspendling. Jeg vil i analysen benytte meg av EØS-avtalens bestemmelser, dens rettsakter og avgjørelser avsagt av EU- og EFTA-domstolen. EU-rettens avgjørelser er ikke rettslig bindende på etterfølgende saker, men er av betydning for tolkningen, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 34. Ettersom EFTA-domstolen i sin tolkning av gjeldende EØS-rett benytter seg av avsatte avgjørelser av EU-domstolen som tolkningsmomenter er det naturlig i det videre å først analysere oppholdsrett for familiemedlemmer til en borger som arbeidspendler til/ fra en annen medlemsstat etter EU-retten i kapittel 4, før jeg vurderer oppholdsrett etter EØS-retten i kapittel 5.

4 Oppholdsrett for familiemedlemmer i EU-retten

4.1 Rettslig forankring av avledet oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat

Oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en unionsborger er avledet av unionsborgerens rett til opphold i en medlemsstat. I TFEU artikkel 45 nr. 1 forankres unionsborgerens rett til fri bevegelse som arbeidstaker i EU-medlemsstatenes territorium. Unionsborgeren har en rett til å godta jobbtillbud, fritt bevege seg og oppholde seg på medlemsstatenes territorium og å bli i medlemsstaten etter arbeidsforholdets opphør, jf. TFEU artikkel 45 nr. 3 bokstav a til d. Rettighetene er underlagt begrensninger «justified on grounds of public policy, public security or public health».⁵¹

Unionsborgerdirektivet fastsetter vilkår og rettigheter for unionsborgerens og familiemedlemmers utøvelse av rett til fri bevegelse og rett til fast opphold på medlemstatenes territorium, jf. artikkel 1 bokstav a og b. Som tidligere redegjort, uttrykker unionsborgerdirektivet artikkel 3 nr. 1 at det kun regulerer oppholdsrett for unionsborgeren og dens familiemedlemmer i en annen medlemsstat enn unionsborgerens hjemstat.

Oppholdsrett til unionsborgeren og familiemedlemmer kan utledes i EU-domstolens rettspraksis, jf. TFEU artikkel 267 nr. 1 bokstav a. EU-domstolen har i flere avgjørelser vurdert

⁵¹ TFEU artikkel 45 nr. 3

oppholdsrett i unionsborgerens rike for tredjelandsborgere som er unionsborgeres familiemedlemmer.

I *Singh*, avsagt 1992, var EU-domstolen stilt spørsmål om EU-borgerens ektefelle hadde rett på innreise og opphold ved borgeren retur til hjemstat etter å ha fulgt med borgeren til en annen medlemsstat, forankret i Treaty establishing the European Economic Community (heretter EEC) artikkel 52 og direktiv 73/148/EØF⁵².⁵³ Saken gjaldt en indisk statsborger gift med en britisk statsborger, som sammen hadde reist til Tyskland for å arbeide etter EEC artikkel 48 og returnert til Storbritannia for å etablere en bedrift etter EEC artikkel 52.⁵⁴

EU-domstolen påpekte i avsnitt 19 at en borger kan bli:

«deterred from leaving his country of origin in order to pursue an activity as an employed or self-employed person ... if, on returning to the Member State of which he is a national in order to pursue an activity there as an employed or self-employed person..., the conditions of his entry and residence were not at least equivalent to those which he would enjoy under the Treaty or secondary law in the territory of another Member State».

I avsnitt 20 presiserte EU-domstolen at mangel på rett til innreise og oppholdsrett for EU-borgernes ektefelle eller barn i EU-borgerens hjemstat, under betingelser tilsvarende de i EU-retten for en annen medlemsstat, spesielt ville hindre EU-borgeren fra å utøve sin rett til fri bevegelighet. En slik hindring vil føre til at retten til fri bevegelighet og etablering, hjemlet i EEC artikkel 48 og 52, «cannot be fully effective».⁵⁵ EU-domstolen hadde i avsnitt 25 konkludert med ektefellers avledede oppholdsrett ved borgerens retur til hjemstat da det motsatte ville hindre en effektiv utøvelse av fri bevegelighet, også omtalt grunnrettigheter og grunnfriheter, forankret i EU-retten. Jeg bemerker at jeg i det følgende benytter begrepet «hindringer» som synonym med restriksjoner som ikke er forenlige med innskrenkninger og betingelser hjemlet i EU-retten.

Ved Treaty on European Union (omtalt TEU og Maastricht-traktaten) i 1992 ble unionsborgerskapet innført og det ble forankret en rett for unionsborgere til å fritt bevege seg og ta opphold innenfor medlemsstatenes territorium, underlagt innskrenkninger og betingelser.⁵⁶

⁵² Opphevet og erstattet ved direktiv 2004/38/EF

⁵³ Case C-370/90 *Singh* avsnitt 11

⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 3

⁵⁵ *Ibid.* avsnitt 23

⁵⁶ TEU artikkel 8 og 8a, tilsvarende dagens TFEU artikkel 20 og artikkel 21 nr. 1

Traktatsreglene om unionsborgerskap er videreført i etterkommende traktater, uttrykt i TEC artikkel 18 og nåværende TFEU artikkel 21 for arbeidstakeres effektive rett til fri bevegelighet.

I *Eind*, avsagt i 2007, var EU-domstolen stilt spørsmål om familiemedlemmer gis oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat når borgeren etter å ha arbeidet i en annen medlemsstat returnerer til hjemstat og *ikke opprettholder en effektiv og reell økonomisk aktivitet*.⁵⁷ Saken handlet om en nederlandsk statsborger som under arbeid i Storbritannia hadde blitt gjenforent med sin datter som er statsborger i Surinam. Ved unionsborgerens retur til Nederland utøvet ikke lenger unionsborgeren en reell og økonomisk aktivitet og spørsmålet var da om datteren kunne gis oppholdsrett i borgerens hjemstat etter EU-retten.⁵⁸

EU-domstolen uttalte i *Eind* avsnitt 32 at «to the extent necessary to ensure the useful effect of the right to free movement for workers under Article 39 EC and the provisions adopted to give effect to that right» gis unionsborgeren en rett til å returnere til hjemstat etter utøvelsen av arbeid i en annen medlemsstat. Det ble støttet på at EU-borgere hadde fått rettigheter ved etableringen av unionsborgerskapet og at denne unionsborgerstatusen hadde til hensikt å «be the fundamental status of nationals of the Member States». ⁵⁹ EU-domstolen hadde i sin innledende bemerkning, i avsnitt 28, vist til artikkel 18 Treaty establishing the European Community (heretter TEC) som forankret unionsborgerens rett til effektiv utøvelse av fri bevegelighet i medlemsstatene. Om unionsborgeren ikke var sikker på å kunne returnere til hjemstat etter utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat mente EU-domstolen at borgeren kunne hindres fra å velge å utøve arbeid i en annen medlemsstat.⁶⁰

Domstolen presiserte i avsnitt 36 at «deterrent effect would also derive simply from the prospect, for the same national, of not being able ... to continue living together with close relatives ...». EU-domstolen konkluderte av den grunn i avsnitt 38 med at unionsborgerens datter hadde oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens retur. Domstolen opprettholdt følgelig synet i *Singh*.

Singh og *Eind*, er eksempler på at EU-domstolen har innfortolket en avledet oppholdsrett for unionsborgerens familiemedlemmer i borgerens hjemstat ved retur i tilfeller som ikke direkte er omtalt i EU-rettens primærrett eller sekundærrett, både under pågående og avsluttet utøvelse av grunnrettighetene. I begge avgjørelsene leser jeg det slik at domsslutningene beror på at unionsborgeren ved en fremtidig eller pågående utøvelse av retten til fri bevegelighet ikke skal

⁵⁷ Case C-291/05 *Eind* avsnitt 27

⁵⁸ Ibid. avsnitt 27

⁵⁹ Ibid. avsnitt 32

⁶⁰ Ibid. avsnitt 35

underlegges hindringer som vil kunne føre til at borgeren velger å ikke utøve rettighetene. Videre må grunnrettighetene ikke underlegges hindringer som kan føre til at unionsborgeren må avslutte sin utøvelse av grunnrettigheter for å opprettholde et familieliv i hjemstaten. I *Eind* var dette basert på borgerens unionsborgerskap. I *Singh*, som ble avsagt før innføring av unionsborgerskapet i Maastricht-traktaten, ble konklusjonen basert på at unionsborgeren ikke skulle være hindret fra å utøve grunnrettigheter utledet i EUs traktatsregler. Jeg trekker ut av slutningene i de omtalte avgjørelsene at effektiv utøvelse av retten til fri bevegelighet uten hindringer er selve kjernen i EU-retten og at denne er sterkt vernet og får avgjørende betydning for om borgerens familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, skal gis oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat.

Forankringen av familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat har i ettertid blitt opprettholdt av EU-domstolen. I *O. og B.*⁶¹ kunne familiemedlemmer gis oppholdsrett ved unionsborgerens retur til hjemstat, og i *S. og G.*⁶² kunne familiemedlemmer gis oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat ved borgerens arbeidspendling til en annen medlemsstat fra hjemstat. Avgjørelsene ble avsagt i 2014.

De nåværende traktatsreglene om unionsborgerskap er forankret i TFEU artikkel 20 flg. EU-borgere har unionsborgerstatus, jf. TFEU artikkel 20 nr. 1 og har blant annet rett til fri bevegelighet og oppholdsrett i medlemsstatene, jf. TFEU artikkel 20 nr. 2 bokstav a, som er nærmere utdypet i TFEU artikkel 21 nr. 1. I TFEU artikkel 21. nr. 1 forankres det at enhver unionsborger «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».

I *O. og B.* ble oppholdsrett forankret i traktatsregelen om unionsborgerskap TFEU artikkel 21, tidligere 18 TEC, tolket i sammenheng med unionsborgerdirektivet artikkel 7 første og annet ledd.⁶³ Unionsborgerdirektivet hadde blitt ikraftsatt siden *Eind* og hadde opphevet og endret direktiver og reguleringer om oppholdsrett for unionsborgere som utøvet sin rett til fri bevegelighet. I *S. og G.* ble familiemedlemmers oppholdsrett forankret i en effektiv utøvelse av TFEU artikkel 45, som hjemler en rett til fri bevegelighet for arbeidstakere, og EU-domstolen uttalte at det dermed ikke var nødvendig å tolke oppholdsrett etter TFEU artikkel 20 og 21 nr. 1.⁶⁴

⁶¹ Case C-456/12 *O. og B.*

⁶² Case C-457/12 *S. og G.*

⁶³ Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 61

⁶⁴ Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 45

Opprettholdelse av Singh-prinsippene i *S. og G.* i 2014 belyser hvor stor betydning en effektiv utøvelse av unionsborgerens grunnrettigheter har for familiemedlemmers oppholdsrett. De belyser at familiemedlemmer skal gis oppholdsrett når avslag på oppholdsrett fører til at unionsborgeren hindres i å effektivt utøve sin rett til fri bevegelighet.

Jeg skal i det følgende vurdere oppholdsrett til unionsborgeres familiemedlemmer i borgerens hjemstat ved borgerens pågående og avsluttede arbeidspendling. EU-domstolen har avsagt avgjørelser om familiemedlemmers oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens retur og ved arbeidspendling. Avgjørelsene viser hvor langt retten til fri bevegelighet strekker seg og hvilke vilkår som må oppfylles for at familiemedlemmer kan gis en avledet oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat. Som jeg har belyst er utøvelsen av grunnrettighetene uten hindringer hjemlet i EUs traktater, nåværende TFEU, selve kjernen i EU-retten. Denne kjernen har blitt tillagt avgjørende betydning i EU-domstolens rettspraksis.

4.2 Borgeren arbeidspendler til en annen medlemsstat fra sin hjemstat

4.2.1 Innledning

I *S. og G.* vurderte EU-domstolen familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgernes hjemstat når borgeren bor i hjemstat og arbeidspendler til en annen medlemsstat. EU-domstolen uttalte at unionsborgerdirektivet ikke selvstendig kunne forankre familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat, men at det ikke hindret avledet oppholdsrett på annet rettslig grunnlag.⁶⁵ Domstolen konkluderte med at familiemedlemmer gis oppholdsrett etter TFEU artikkel 45 om det motsatte vil hindre borgeren fra å effektivt utøve arbeidspendling til en annen medlemsstat.⁶⁶ Innvilgelsen av avledet oppholdsrett var følgelig ikke tenkt å gi en ubegrenset rett til opphold ved unionsborgerens arbeidspendling. Jeg skal videre analysere vilkårene for familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat ved borgerens arbeidspendling til en annen medlemsstat.

4.2.2 Krav om grenseoverskridende element

Unionsborgerens utøvelse av rettigheter hjemlet i EUs primær- og sekundærrett må være grenseoverskridende for at unionsborgeren omfattes av EU-rettens anvendelsesområde. Når borgeren utøver retten til fri bevegelighet, ved å utøve grunnfrihetene i en annen medlemsstat, er kravet om grenseoverskridende element oppfylt.

⁶⁵ Ibid. avsnitt 34

⁶⁶ Ibid. avsnitt 44

Ved arbeidspendling har unionsborgeren opprettholdt tilknytning til hjemstat samtidig med utøvelsen av retten til fri bevegelighet i en annen medlemsstat. Borgerens utøvelse er dermed delvis et internt forhold.

Spørsmålet er om unionsborgerens tilknytning til hjemstat under utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat hindrer EU-rettsens anvendelse på familiemedlemmers oppholdsrett i borgerens hjemstat. EU-domstolen avklarte i *S. og G.* avsnitt 39 at arbeidspendling til en annen medlemsstat fra stat borgeren bor i er omfattet av TFEU artikkel 45, som hjemler arbeidstakers rett til fri bevegelighet innad i EUs medlemsstater. I *Carpenter* hadde unionsborgeren etablert en forretning i sin hjemstat der han solgte reklameplass i tidsskrifter, ytet tjenester i forbindelse med dette, både i hjemstat og medlemsstater, og utøvet forretningsreiser i andre medlemsstater etter 49 EF.⁶⁷ EU-domstolen så denne utøvelsen av retten til fri bevegelighet som en del av EU-retten.⁶⁸ I motsetning til i *S. og G.* hadde borgeren i *Carpenter* også utøvet tjenester i hjemstaten. I *S. og G.* var den eneste tilknytningen til hjemstaten bostedet. Jeg utleder følgelig at arbeidspendling, ved borgerens opprettholdte tilknytning til hjemstat, ikke er til hinder for at utøvelsen av arbeid i en annen medlemsstat oppfyller grunnvilkåret i EU-retten om et grenseoverskridende element og følgelig omfattes av EU-retten.

4.2.3 Nødvendighetskrav

EU-domstolen uttrykte i *S. og G.* avsnitt 42 at det for hver enkelt unionsborger må vurderes om oppholdsrett i borgerens hjemstat for borgerens familiemedlemmer er «necessary to guarantee the citizen's effective exercise of the fundamental freedom guaranteed by Article 45 TFEU». EU-domstolen stilte et nødvendighetskrav.

I *S. og G.* var det to saker, og i den forbindelse to familiemedlemmer det ble stilt spørsmål om oppholdsrett for i unionsborgernes hjemstat, Nederland. Den ene personen var S, en unionsborgeres svigermor, som tok vare på borgerens barn.⁶⁹ Unionsborgeren brukte 30% av ukentlige arbeidstid på å forberede seg til og å dra på forretningsreiser til Belgia fra sin arbeidsgiver etablert i Nederland. Den andre personen var G, unionsborgerens ektefelle, som hadde to barn med borgeren.⁷⁰ Borgeren arbeidet for en virksomhet i Belgia og arbeidspendlet daglig fra Nederland.

I vurderingen av om familiemedlemmets oppholdsrett var nødvendig uttalte EU-domstolen i avsnitt 43 at det at familiemedlemmet «takes care of the Union citizens' child may ... be a

⁶⁷ Case C-60/00 *Carpenter* avsnitt 14

⁶⁸ Ibid. avsnitt 29

⁶⁹ Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 13

⁷⁰ Ibid. avsnitt 19

relevant factor to be taken into account». Det må følgelig vurderes om unionsborgerens utøvelse av fri bevegelighet som arbeidstaker vil kunne hindres av at dette familiemedlemmet ikke får oppholdsrett i borgerens hjemstat. EU-domstolen nevnte i samme avsnitt at dette også var et moment som ble benyttet i *Carpenter*.

I *Carpenter* uttalte EU-domstolen at en adskillelse av unionsborgeren fra hans ektefelle, som følge av ektefellens utvisningsvedtak fra Storbritannia, ville få negative konsekvenser for deres familieliv og føre til at borgeren ikke fullstendig kunne utøve salg av tjenester og utøve forretningsreiser uten hindringer hjemlet i artikkel 49 EF.⁷¹ Domstolen uttalte i avsnitt 41 at ektefellens utvisning ville skape en «interference» med unionsborgerens utøvelse av retten til respekt for sitt familieliv hjemlet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 8, som er en av EU-rettens beskyttede grunnrettigheter. I avsnitt 42 uttalte domstolen at det måtte vurderes om hindringen kunne rettferdiggjøres ved en proporsjonalitetsvurdering etter EMK artikkel 8 nr. 2. Domstolen konkluderte i avsnitt 43 med at utvisningsvedtaket i saken «does not strike a fair balance between the competing interests». Selv om ektefellen hadde oppholdt seg ulovlig i Storbritannia, mente EU-domstolen at utvisningsvedtaket «constitutes an infringement which is not proportionate to the objective pursued [the maintenance of public order and public safety] » da deres ekteskap er «genuine and that Mrs Carpenter continues to lead a true family life there, in particular by looking after her husband's children from a previous marriage».⁷² Domstolen konkluderte i avsnitt 46 med at familiemedlemmer i samme situasjon som i dommen ikke kan nektes oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat etter artikkel 49 EC lest i lys av retten til respekt for familieliv. Som opprettholdt i *S. og G.*, var familiemedlemmets omsorg for unionsborgerens barn et relevant moment i vurderingen av om det ville hindre unionsborgeren i å utøve grunnrettighetene i EU-retten om familiemedlemmet ikke gis oppholdsrett i borgerens hjemstat.

EU-domstolen bemerket i *S. og G.* at under vurderingen av familiemedlemmers oppholdsrett ved å ta vare på unionsborgerens barn under borgerens arbeidspendling til en annen medlemsstat, har den avgjørende vekten omsorgen fikk i *Carpenter* ved ektefellens omsorg av barn ikke overføringsverdi til familiemedlemmer til unionsborgerens ektefelle i oppstigende linje.⁷³ Domstolen påpekte i avsnitt 43 at omsorgen fra familiemedlemmer til unionsborgerens ektefelle i oppstigende linje «is not ... sufficient in itself ...» til at avslag på oppholdsrett for familiemedlemmet vil kunne hindre unionsborgerens effektive utøvelse som arbeidstaker etter TFEU artikkel 45 fordi det «might appear desirable» at familiemedlemmet tar seg av omsorgen av unionsborgernes barn.

⁷¹ Case C-60/00 *Carpenter* avsnitt 39

⁷² Ibid. avsnitt 43 – 45

⁷³ Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 43

Jeg utleder av EU-domstolens uttalelser i *S. og G.* og *Carpenter* at det i utgangspunktet kun er ektefeller som kan gis oppholdsrett på bakgrunn av omsorg. Jeg utleder videre at ektefellens oppholdsrett i borgerens hjemstat i forbindelse med å ta seg av unionsborgerens barn må ha vært nødvendig for unionsborgerens effektive utøvelse av rett til fri bevegelighet.

Spørsmålet er om kravet om nødvendighet skal tolkes strengt. I *Carpenter* ytet unionsborgeren tjenester til kunder i andre medlemsstater fra hjemstat og dro i denne forbindelse på forretningsreiser til andre medlemsstater.⁷⁴ Det ble ikke i avgjørelsen uttalt hvor ofte borgeren hadde forretningsreiser. Domstolen uttalte alikevel i avsnitt 39 at «[i]t is clear that the separation of Mr and Mrs Carpenter would be detrimental ... to the conditions under which Mr Carpenter exercises a fundamental freedom». EU-domstolen konkluderte med at ektefellens oppholdsrett var nødvendig for unionsborgerens utøvelse av rett til å yte tjenester forankret i EU-retten.⁷⁵ Etter som borgeren i hovedsak ytet tjenester fra egen hjemstat mener jeg avgjørelsen indikerer at nødvendighetskravet for familiemedlemmers oppholdsrett ikke tolkes strengt. I *S. og G.*, der unionsborgere arbeidspendlet daglig eller minst én dag i uken til en annen medlemsstat, utleder jeg i avsnitt 43 at kravet om nødvendighet er strengt for familiemedlemmer til unionsborgerens ektefelle i oppstigende linje da omsorg for unionsborgerens barn ikke er tilstrekkelig i seg selv til å oppfylle nødvendighetskravet.

Jeg utleder av slutningene i *Carpenter* og *S. og G.* at nødvendighetskravet ikke er strengt når ektefellen tar seg av omsorgen for borgerens barn. Jeg tolker at domstolen krever at familiemedlemmet og unionsborgeren må ha et nært forhold og at det skal være naturlig at familiemedlemmets oppholdsrett er nødvendig for unionsborgerens effektive utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat, ved for eksempel omsorg av borgerens barn. Jeg forstår det slik at dette momentet har vært bakgrunnen for at EU-domstolen har stilt strengere nødvendighetskrav til oppholdsrett for familiemedlem i oppstigende linje fra unionsborgerens ektefelle.

Domstolen har ikke gitt retningslinjer for hvilke andre momenter som indikerer at det er nødvendig med oppholdsrett for borgerens familiemedlemmer. Jeg mener domstolens uttalelse i *S. og G.* avsnitt 43 om at omsorg for unionsborgerens barn fra familiemedlemmer som ikke er ektefelle «is not ... sufficient in itself» til å oppfylle nødvendighetskravet, indikerer at det kan være situasjoner der disse familiemedlemmene oppfyller nødvendighetskravet. Hvilke andre momenter som kan oppfylle nødvendighetsvilkåret har EU-domstolen overlatt til nasjonale domstoler og nasjonal rett innenfor EU-rettens rammer.

⁷⁴ Case C-60/00 *Carpenter* avsnitt 14 og 29

⁷⁵ *Ibid.* avsnitt 44 – 46

4.3 Borgeren avslutter arbeidspendling fra sin hjemstat

Ved avsluttet arbeidspendling til en annen medlemsstat utøver unionsborgeren ikke lenger fri bevegelighet og dens situasjon har blitt internt anliggende. EU-domstolen har ikke avsagt avgjørelser om familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat når borgeren avsluttet arbeidspendling til en annen medlemsstat.

Spørsmålet er om familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat etter EU-retten når situasjonen har blitt intern. Et argument for at familiemedlemmer kan gis oppholdsrett er at det vil kunne hindre borgeren fra å utøve sin rett til fri bevegelighet ved arbeidspendling, om borgeren visste at ved et fremtidig avbrudd i utøvelsen vil familiemedlemmene ikke ha oppholdsrett. Domstolen har i *Singh, Lida, Eind* og *O. og B.*, som handlet om oppholdsrett ved borgerens retur etter fri utøvelse av grunnrettigheter i en annen medlemsstat uten tilknytning til hjemstat, kommet med et tilsvarende argument for familiemedlemmers oppholdsrett.⁷⁶ EU-domstolens avgjørelser i *Carpenter* og *S. og G.* hadde et faktum om pågående utøvelse av borgernes grunnfriheter og det var dermed ikke behov for å ta stilling til om familiemedlemmer kunne gis oppholdsrett ved unionsborgerens avsluttede arbeidspendling. Jeg vurderer imidlertid at EU-domstolen i *Carpenter* og *S. og G.* baserte sine konklusjoner på at avslag på familiemedlemmers oppholdsrett kunne hindre unionsborgerens utøvelse av grunnfrihetene som er sikret i EU-retten og jeg mener hindringen er like aktuell ved avsluttet arbeidspendling.⁷⁷ Jeg utleder av de nevnte avgjørelsene at familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat når situasjonen har blitt intern.

Forankret i TFEU artikkel 21 har unionsborgeren rett på en fri utøvelse av retten til fri bevegelighet som arbeidstaker uten hindringer. Som utledet i punkt 4.1 har traktatsregelen vært avgjørende for familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat.

Et familiemedlem som ikke har bodd med unionsborgeren under borgerens utøvelse av arbeidspendling mener jeg ikke har rett på oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens avsluttede pendling. Jeg baserer dette på at et avslag på oppholdsrett ikke kan ha hindret borgeren fra å utøve sine grunnfriheter.

Jeg mener en situasjon der unionsborgerens familiemedlemmer får oppholdsrett på grunn av borgerens arbeidspendling til en annen medlemsstat og mister oppholdsrett ved avsluttet arbeidspendling vil kunne hindre unionsborgeren fra å ta arbeid i en annen medlemsstat ettersom

⁷⁶ Case C-370/90 *Singh* avsnitt 23, Case C-40/11 *Lida* avsnitt 70, C-291/05 *Eind* avsnitt 36 – 38, Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 46 og 54

⁷⁷ Case C-60/00 *Carpenter* avsnitt 46 og Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 40 – 41

borgeren ikke er sikret at familielivet kan fortsette i hjemstaten ved arbeidsoppholdets opphør. Utøvelsen av grunnrettighetene uten hindringer utleder jeg er selve kjernen i EU-retten.⁷⁸

Jeg konkluderer med at unionsborgerens familiemedlemmer omfattes av EU-rettens anvendelsesområde selv om arbeidspendingen er avsluttet. Jeg baserer dette på at unionsborgeren har en rett på fri bevegelighet som arbeidstaker uten hindringer. Det er forankret i TFEU artikkel 21. Om familiemedlemmer mister oppholdsrett ved borgerens avsluttede arbeidspending kan det hindre borgeren fra å ta arbeid i en annen medlemsstat. Familiemedlemmer har av den grunn krav på å opprettholde oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat når borgeren avslutter arbeidspending fra hjemstat.

4.4 Borgeren bor i vertsstat og arbeidspendler til hjemstat

EU-domstolen har ikke avsagt avgjørelser om oppholdsrett for familiemedlemmer i unionsborgerens hjemstat når unionsborgeren har pågående arbeidspending til hjemstat. I vurderingen av om familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i en slik situasjon mener jeg det er sentralt å se til unionsborgerdirektivets bestemmelser og EU-domstolens uttalelser i *Lida*.

Vilkår for familiemedlemmers avledede oppholdsrett i unionsborgerdirektivet er at de «kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren i vertsstaten» og at borgeren oppfyller vilkårene for oppholdsrett, jf. unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 2. Direktivet forankrer dermed ikke oppholdsrett for familiemedlemmer i borgerens hjemstat når unionsborgeren bor i en vertsstat og arbeidspendler til hjemstaten.

Lida handlet om en tredjelandsborger som søkte om oppholdskort i Tyskland, hjemstaten til sin separerte ektefelle og datter som er unionsborgere, begrunnet med status som familiemedlem til unionsborger.⁷⁹ Ektefellen hadde flyttet til Østerrike med datteren i forbindelse med arbeid, og tredjelandsborgeren så følgelig datteren i Tyskland én uke i måneden og i ferier.⁸⁰ Domstolen uttalte at det ikke var grunnlag til å utlede at en mangel på oppholdsrett for tredjelandsborgeren var «liable to deny ... the genuine enjoyment ... or to impede the exercise of their [the Union citizen's] right to move and reside freely» innenfor medlemsstatene.⁸¹ Domstolen bemerket i avsnitt 77 at «purely hypothetical prospects of that right [of exercising the right of freedom of movement] being obstructed» ikke gjør at unionsborgeren kan benytte seg av EU-retten.

⁷⁸ Se bl.a. Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 45 og Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 40 – 41

⁷⁹ Case C-40/11 *Lida* avsnitt 23 – 25 og 29

⁸⁰ *Ibid.* avsnitt 25 – 26

⁸¹ *Ibid.* avsnitt 76

EU-domstolen hadde særlig lagt vekt på tre momenter i avsnittene 73 til 75. Domstolen viste til at familiemedlemmet ønsket oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat og ikke i vertsstaten unionsborgerne oppholdt seg. Videre viste domstolen til at familiemedlemmet hadde oppholdstillatelse i Tyskland etter nasjonal rett, og at en manglende oppholdsrett ikke hadde hindret unionsborgerne fra å flytte til Østerrike. Domstolen la videre vekt på at unionsborgeren hadde en gjeldende oppholdstillatelse i riket og ville kunne få fornyet oppholdstillatelse.

EU-domstolen konkluderte i avsnitt 82 med at tredjelandsfamiliemedlemmer ikke har oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat når situasjonen er «outside the situations governed by Directive 2004/38 and where there is no other connection with the provisions on citizenship of European Union law». Jeg forstår EU-domstolens konklusjon i *Lida* som at det kun er i situasjoner der unionsborgeren vil bli hindret fra å effektivt utøve sin rett til fri bevegelighet forankret i TFEU artikkel 20 og artikkel 21, at oppholdsrett for familiemedlemmene må gis.⁸²

Jeg mener det er tilstrekkelig rettslig grunnlag fra EU-domstolens uttalelser i *Lida* til å konkludere at familiemedlemmer til en unionsborger ikke har oppholdsrett i borgerens hjemstat når borgeren bor i vertsstat og arbeidspendler til hjemstaten.⁸³ I en slik situasjon oppfyller ikke familiemedlemmer vilkår for avledet oppholdsrett i unionsborgerdirektivet og nektelse av oppholdsrett er ikke til hinder for unionsborgerens utøvelse av retten til fri bevegelighet i samsvar med TFEU artikkel 20 og artikkel 21.

4.5 Borgeren returnerer til hjemstat etter avsluttet arbeidspendling

4.5.1 Innledning

EU-domstolen har ikke avsagt avgjørelser om oppholdsrett for unionsborgeres familiemedlemmer når borgeren har returnert til hjemstat etter avsluttet arbeidspendling fra en vertsstat. Det er dermed ikke konkrete eksempler på hvordan EU-domstolen vil vurdere denne situasjonen. Rettspraksis fra EU-domstolen om familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens rike ved borgerens retur til hjemstat gir imidlertid veiledning for vurderingen.

I *Singh* uttalte EU-domstolen at unionsborgerens ektefelle i borgerens hjemstat «must enjoy at least 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», da det motsatte vil kunne hindre borgeren fra å utøve sin rett til fri bevegelighet som arbeidstaker og rett til etablering, hjemlet i EEC artikkel 48 og 52.⁸⁴ EU-domstolen har i flere avgjørelser begrunnet

⁸² Ibid. avsnitt 82

⁸³ I.c.

⁸⁴ Case C-370/90 *Singh* avsnitt 23

familiemedlemmers avledede oppholdsrett med at unionsborgeren ville blitt hindret fra å utøve sin rett til fri bevegelighet ved å flytte til en annen medlemsstat om borgeren var klar over at et mulig fremtidig familieliv etablert i vertsstaten ikke ville kunne fortsette når borgeren returnerer til hjemstat ved at familiemedlemmene ville bli nektet oppholdsrett.⁸⁵ Jeg mener en slik tankegang ikke er naturlig for enhver unionsborger som vurderer å utøve grunnfriheter hjemlet i EU-retten. Domstolen har imidlertid opprettholdt en slik tankegang i flere etterfølgende avgjørelser.⁸⁶ Jeg legger følgelig til grunn at dette er et sentralt moment i vurderingen av om familiemedlemmer skal gis oppholdsrett forankret i TFEU artikkel 21.

Borgerens opprettholdt tilknytning til hjemstat ved arbeidspendling skiller situasjonen fra EU-domstolens avsagte avgjørelser. Den nære sammenhengen med at unionsborgerne i begge situasjoner har utøvet sine grunnrettigheter forankret i EU-retten og deretter returnerer til riket, mener jeg imidlertid gir grunnlag til å utlede at oppholdsrett for familiemedlemmene ved borgerens pendlersituasjon skal gis de samme rettighetene. Jeg mener det videre er et relevant moment at unionsborgeren utøvet fri bevegelighet på to måter. Borgeren hadde både flyttet til en annen medlemsstat enn hjemstat og arbeidet i en annen medlemsstat enn borgeren var bosatt i. Jeg mener det dermed er grunn til å argumentere for at unionsborgerens familiemedlemmer, slik som ved retursituasjoner uten opprettholdt tilknytning til hjemstat under utøvelsen, kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat.

I det følgende skal jeg analysere hvilke vilkår borgeren må oppfylle for at unionsborgerens familiemedlemmer gis oppholdsrett i borgerens hjemstat. Jeg baserer analysen på vilkår oppstilt i EU-domstolens rettspraksis ved unionsborgerens retursituasjon til hjemstat.

4.5.2 Krav om grenseoverskridende element

Familiemedlemmers avledede oppholdsrett etter EU-retten er avhengig av at unionsborgeren utøver grunnfrihetene forankret i EU-retten og at vilkårene for oppholdsrett er oppfylt. Ved unionsborgerens retur til hjemstat etter arbeidspendling utøver ikke borgeren lenger et grenseoverskridende element ved fri bevegelighet til en annen medlemsstat. EUs primærrett eller sekundærrett regulerer ikke familiemedlemmers oppholdsrett i sin ordlyd i denne situasjonen.

EU-domstolen har tolket EUs sekundærrett om familiemedlemmers oppholdsrett analogisk for å omfatte familiemedlemmers oppholdsrett ved unionsborgerens retur til hjemstat.⁸⁷ I *Singh* uttalte EU-domstolen at unionsborgerens ektefelle etter EU-retten måtte kunne ha den samme

⁸⁵Case C-370/90 *Singh* avsnitt 19 – 20, Case C-291/05 *Eind* avsnitt 36 – 38, Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 46 og 54

⁸⁶ Case C-40/11 *Lida* avsnitt 70, Case C-291/05 *Eind* avsnitt 36 – 38, Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 46 og 54

⁸⁷ Case C-291/05 *Eind* avsnitt 39 og 45, Case C- 456/12 *O. og B.* avsnitt 50 og 61

oppholdsrett ved borgerens retur til hjemstat som om borgeren bosatte seg i en annen medlemsstat.⁸⁸ Domstolen begrunnet slutningen med at unionsborgerens rettigheter ikke får full gjennomslagskraft om ektefellen fra et tredjeland ikke kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat da det vil kunne hindre unionsborgeren fra å velge å utøve sine rettigheter.⁸⁹ I *Eind* ble det bemerket at unionsborgerens retur til hjemstat ikke er fullstendig intern anliggende, at familiemedlemmets manglende rett til opphold kan være en hindring for unionsborgerens utøvelse av sine grunnrettigheter og at datteren derfor har oppholdsrett selv om borgeren ved retur til hjemstat ikke er økonomisk aktiv.⁹⁰ I *O. og B.* opprettholdt EU-domstolen begrunnelsene i *Singh* og *Eind* og klargjorde at den omtalte rettspraksisen kan benyttes generelt på borgerens familiemedlemmer.⁹¹

Jeg utleder av EU-domstolens avgjørelser at familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat selv om situasjonen ikke lenger har et grenseoverskridende element. Situasjonene er ikke fullstendig internt anliggende ettersom borgeren tidligere har utøvet retten til fri bevegelse og hensynet til effektiv utøvelse av retten til fri bevegelse taler for oppholdsrett ved borgerens retur til hjemstat.

4.5.3 Krav om borgerens reelle opphold i vertsstaten i forbindelse med familieliv

I *O. og B.* besvarte EU-domstolen spørsmålet om unionsborgers familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat når unionsborgeren har utøvet rettigheter gitt i TFEU artikkel 21 når borgeren returner etter å ha bodd i en annen medlemsstat.⁹² Domstolen bekreftet at familiemedlemmer måtte gis en slik oppholdsrett for å fjerne hindringer unionsborgere kan ha om å utøve retten til fri bevegelse ved å sikre at et familieliv skapt eller styrket i vertsstaten kan fortsette ved borgernes retur til hjemstaten.⁹³

Etttersom EU-domstolen ikke avsagte slutninger om familiemedlemmers oppholdsrett basert på de konkrete oppholds situasjonene i *O. og B.*,⁹⁴ mener jeg en redegjørelse av faktum i forbindelse med de to unionsborgerens familiemedlemmer ikke har betydning for den videre vurderingen. Domstolen viste til at det er opp til den henvisende domstol å avgjøre oppholdsrett i den konkrete situasjonen, basert på oppfyllelse av vilkår i EU-retten, som jeg skal redegjøre for i det videre.

⁸⁸ Case C-370/90 *Singh* avsnitt 23

⁸⁹ *Ibid.* avsnitt 23

⁹⁰ Case C-291/05 *Eind* avsnitt 36 – 38

⁹¹ Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 47

⁹² *Ibid.* avsnitt 48

⁹³ *Ibid.* avsnitt 49

⁹⁴ *Ibid.* avsnitt 57

EU-domstolen uttalte i *O. og B.* avsnitt 47 at en manglende avledet oppholdsrett for unionsborgerens familiemedlemmer ved borgerens retur til hjemstat vil kunne være «an obstacle to leaving the Member State of which the worker is a national ...». En slik hindring mente domstolen kun vil oppstå om unionsborgerens opphold i vertsstaten «has been sufficiently genuine so as to enable that citizen to create or strengthen family life in that Member State».⁹⁵ Domstolen utledet av dette momentet at traktatsregelen om unionsborgerskap TFEU artikkel 21 nr. 1 ikke krever at familiemedlemmene nødvendigvis gis en avledet oppholdsrett ved borgerens retur til hjemstat ved ethvert opphold unionsborgeren har i en vertsstat.⁹⁶

Spørsmålet er om borgeren ved arbeidspending fra vertsstaten oppfyller vilkåret om reelt opphold. Rettspraksis fra EU-domstolen har ikke behandlet denne problemstillingen. For å kunne utlede om en slik situasjon er til hinder for at unionsborgeren har et reelt opphold i vertsstaten undersøker jeg først når EU-domstolen ved opphold i vertsstaten uten tilknytning til hjemstaten mener borgeren har hatt et reelt opphold.

Unionsborgerens oppholdsperiode er et relevant moment i vurdering av om borgeren har hatt et reelt opphold i vertsstaten. I *O. og B.* avsnitt 51 uttalte EU-domstolen at familiemedlemmenes manglende oppholdsrett vil føre til hindring for unionsborgerens utøvelse av rett til fri bevegelse kun når oppholdet i vertsstaten «has been sufficiently genuine so as to enable that citizen to create or strengthen family life in that Member State». EU-domstolen uttalte i avsnitt 53 at det også kan være en hindring når unionsborgeren «intends to exercise his rights under Article 7 (1) of Directive 2004/38». Domstolen uttalte imidlertid i avsnitt 56 at det kun er om borgerens og familiemedlemmets opphold i vertsstaten har vært «pursuant to and in conformity with the conditions» i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2, som er betingelser for oppholdsrett i over tre måneder og varig oppholdsrett, at borgeren har hatt et reelt opphold i vertsstaten. Domstolen konkluderte med at det er dette reelle oppholdet som gir en avledet oppholdsrett for familiemedlemmer ved borgerens retur til hjemstat, basert på retten til effektiv utøvelse av fri bevegelse forankret i TFEU artikkel 21 nr. 1.⁹⁷ Jeg tolker konklusjonen slik at det ikke er tilstrekkelig at borgeren har hatt en intensjon om et opphold i vertsstaten på mer enn tre måneder i samsvar med betingelsene i unionsborgerdirektivets artikkel 7 nr. 1. Unionsborgeren må følgelig ha hatt et lovlig opphold i vertsstaten i mer enn tre måneder for å oppfylle kravet om reelt opphold i vertsstaten.

Domstolen har ikke uttalt at det må foreligge bevis om at oppholdet i vertsstaten styrket familielivet. Unionsborgerens mulighet til å kunne skape eller styrke et familieliv i vertsstaten

⁹⁵ Ibid. avsnitt 51

⁹⁶ I.c.

⁹⁷ Ibid. avsnitt 56

henger sammen med vurderingen av om unionsborgerens opphold var reelt.⁹⁸ Jeg forstår det slik at oppholdet må ha vært egnet til at unionsborgeren kunne skape et familieliv eller at borgeren har hatt tilstrekkelig opphold i vertsstaten med familien under arbeidspendlingen til å styrke familielivet.

Om borgeren utøvet sin rett til fri bevegelighet i henhold til rettighetene i unionsborgerdirektivet artikkel 6, som kun krever gyldig identitetskort eller pass for opphold i vertsstaten i inntil tre måneder, mener EU-domstolen at unionsborgeren ved et familiemedlems nektede oppholdsrett i borgerens hjemstat ikke vil hindre unionsborgeren fra å utøve sin rett til fri bevegelighet.⁹⁹ Domstolen begrunnet dette i at unionsborgeren «does not intend to settle in the host Member State in a way which would be such as to create or strengthen family life in that Member State».¹⁰⁰

Om borgeren har oppholdt seg i vertsstaten i over tre måneder, mener EU-domstolen imidlertid det er «in principle, evidence of settling there» og følgelig bevis på reelt opphold i vertsstaten.¹⁰¹ Oppholdsrett på over tre måneder er forankret i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1. Denne bestemmelsen oppstiller vilkår. I motsetning til ved opphold i inntil tre måneder indikerer oppholdsrett over tre måneder, ved oppstilte vilkår, et bevisst valg om reelt opphold i vertsstaten.

En borger som har varig oppholdsrett i vertsstaten, forankret i unionsborgerdirektivet artikkel 16 nr. 1 og 2, har hatt et opphold i vertsstaten i over fem år. En arbeidspendler som har fått en slik oppholdsrett har klart oppfylt kravet om reelt opphold i vertsstaten. EU-domstolen uttalte at TFEU artikkel 21 ved en slik oppholdsrett i vertsstaten krever at borgeren får fortsette sitt familieliv ved retur til hjemstaten ved at familiemedlemmene innvilges oppholdsrett.¹⁰²

Spørsmålet er om en unionsborger som oppfyller vilkårene i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 ved opphold i hjemstaten på grunn av arbeidspendling oppfyller vilkåret om reelt opphold i vertsstaten. I *O. og B.* avsnitt 59 bemerket EU-domstolen at «short periods of residence such as weekends or holidays spent in a Member State other than that of which the citizen in question is a national, even when considered together ... do not satisfy those conditions». Unionsborgerens arbeidspendling til en annen stat kan føre til at borgeren oppholder seg store deler av tiden i en annen stat enn vertsstaten, avhengig av hvor ofte borgeren arbeidspendler og hvor lenge arbeidsoppholdene varer. En slik situasjon skiller seg fra en situasjon der oppholdet

⁹⁸ Ibid. avsnitt 51

⁹⁹ Ibid. avsnitt 52

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 52

¹⁰¹ Ibid. avsnitt 53

¹⁰² Ibid. avsnitt 55

i vertsstaten er sporadisk. Domstolens bemerkning mener jeg indikerer at oppholdet i vertsstaten må ha hatt en form for etablering og at helgebeseøk ikke er tilstrekkelig.

Jeg mener det er naturlig å tolke EU-domstolens uttalelse i *O. og B.* slik at en arbeidstaker som har returnert ukentlig til vertsstaten fra arbeid i en annen medlemsstat (heretter en ukependler) ikke oppfyller vilkåret om reelt opphold i vertsstaten da oppholdet i vertsstaten i de fleste tilfeller kun vil være i helger og ferier. Ved dagpendling mener jeg det er mer nærliggende å anse oppholdet i vertsstaten som reelt, da borgeren oppholdt seg mye av tiden i vertsstaten. Det vil imidlertid kunne være problematisk med formålet om å styrke eller etablere et familieliv i vertsstaten om unionsborgeren oppholdt seg mye av tiden daglig utenfor vertsstaten. Samtidig tilsier en effektiv utøvelse av retten til fri bevegelse uten hindringer, en grunnrettighet forankret i TFEU artikkel 21, at unionsborgeren vil hindres fra å bo i en vertsstat og å arbeide i en annen medlemsstat om borgeren hadde visst at familiemedlemmer ikke gis oppholdsrett i borgerens hjemstat ved retur. Om familiemedlemmet ved borgerens dagpendling ikke anses å ha reelt opphold i vertsstaten er situasjonen slik at vilkåret om familiemedlemmets oppholdsrett tolkes strengere enn om unionsborgeren hadde arbeidet turnusordninger med uker arbeid og uker fri. Dette mener jeg er i strid med EU-rettens kjerne. Jeg mener det vil være urimelig om en person som arbeidspendlet lite, og i mindre grad utøvet rett til fri bevegelse, kan påberope seg oppholdsrett for familiemedlemmer, mens en annen borger som bodde og tilbrakte fritiden i en vertsstat og arbeidet i en annen medlemsstat enn der borgeren bodde, ikke skal kunne påberope seg oppholdsrett for familiemedlemmer. Ved dagpendling benytter unionsborgeren seg i større grad av grunnleggende friheter enn en borger som arbeidspendler mer sjelden. Jeg konkluderer med at en unionsborger som dagpendlet til hjemstat har hatt et reelt opphold i vertsstaten.

Oppsummert mener jeg det utledes av EU-domstolens uttalelse i *O. og B.* at unionsborgeren og familiemedlemmene har hatt et reelt opphold i vertsstaten om oppholdet har vært i henhold til og oppfylt betingelsene i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 eller artikkel 16 nr. 1 og 2. Det er ikke tilstrekkelig at borgeren har hatt en intensjon om opphold i vertsstaten i over tre måneder. Jeg utleder av avgjørelsen at unionsborgerens arbeidspendling noen få dager i uken oppfyller vilkåret om reelt opphold, mens en ukependler ikke oppfyller vilkåret. Jeg mener videre en unionsborger som dagpendler til hjemstat oppfyller vilkåret om reelt opphold i vertsstaten.

4.5.4 Krav om familiestatus før unionsborgerens retur

Det er kun unionsborgerens familiemedlemmer som omfattes av unionsborgerdirektivets artikkel 2 nr. 2 som har oppholdsrett i borgerens hjemstat ved unionsborgerens utøvelse av fri bevegelse eller opphold. I unionsborgerdirektivets artikkel 7 nr. 2 og artikkel 16 nr. 2 stilles det krav om at familiemedlemmer «kommer med eller slutter seg til unionsborgeren i vertsstaten», forutsatt at unionsborgeren oppfyller vilkårene i artikkel 7 nr. 1 eller artikkel 16 nr. 1. Den

analogiske anvendelsen av direktivet på retursituasjoner stiller det samme krav for familiemedlemmer til unionsborgernes hjemstat.

EU-domstolen er av samme oppfatning da domstolen i *O. og B.* avsnitt 63 uttalte at unionsborgerens familiemedlemmer ikke har oppholdsrett ved borgerens retur til hjemstat om familiemedlemmet «has not had, at least during part of his residence in the host Member State, the status of family member, within the meaning of Article 2 (2) of Directive 2004/38 ...». Domstolen utleder i samme avsnitt av dette momentet at familiemedlemmet «is also unable to rely on Article 21 (1) TFEU for the grant of a derived right of residence on the return of the Union citizen ...».

En forutsetning for familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat er følgelig at familiemedlemmet under deler av unionsborgerens opphold i vertsstaten etter unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 eller 16 nr. 1 hadde familiestatus. En manglende familiestatus under unionsborgerens utøvelse av bosted i vertsstaten tilsier følgelig at borgeren ikke ville vært hindret fra å utøve sin rett til fri bevegelighet om familiemedlemmet, som ikke ble omfattet av direktivets bestemmelser før etter borgeren retur, ikke gis oppholdsrett.

4.6 Oppsummering

Det er flere av unionsborgerens pendlersituasjoner som kan gi borgernes familiemedlemmer oppholdsrett i borgerens hjemstat.

I situasjoner når unionsborger arbeidspendler fra hjemstat til en annen medlemsstat kan familiemedlemmene gis oppholdsrett i borgerens hjemstat. Oppholdsrett er utledet av unionsborgerens rett til effektiv utøvelse av fri bevegelighet som arbeidstaker forankret i TFEU artikkel 45 og TFEU artikkel 21. Det kreves at familiemedlemmets opphold i unionsborgerens hjemstat er nødvendig slik at borgeren ikke blir hindret i å effektivt utøve sin rett til å arbeide i en annen medlemsstat. Et eksempel på slik nødvendighet er når ektefelle tar seg av omsorgen for unionsborgerens barn. EU-domstolen har imidlertid påpekt at ønsket om at unionsborgerens barn får omsorg av et familiemedlem i oppstigende linje til tredjelandsektefellen ikke er tilstrekkelig til å oppfylle nødvendighetskravet som et selvstendig moment.

I situasjoner når unionsborgeren har avsluttet arbeidspendling fra hjemstat til en annen medlemsstat har familiemedlemmer med oppholdsrett krav på en opprettholdt oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat. Retten er forankret i TFEU artikkel 21. Et familiemedlem som ikke har bodd sammen med unionsborgeren i borgerens hjemstat under borgerens arbeidspendling har ikke rett på oppholdsrett ved avsluttet arbeidspendling.

I situasjoner når unionsborgeren avslutter arbeidspendling fra en annen medlemsstat og returnerer til hjemstat gis familiemedlemmer oppholdsrett i borgerens hjemstat om borgeren har hatt et reelt opphold i vertsstaten i over tre måneder som var egnet til å skape eller styrke et familieliv i vertsstaten. Oppholdet i vertsstaten kan dermed ikke kun ha vært i helger eller ferier. Når unionsborgeren fra vertsstaten arbeidspendlet daglig eller enkelte dager i uken, men ikke ukependlet, er kravet om reelt opphold oppfylt. Familiemedlemmene må også ha hatt familiestatus før unionsborgeren returnerer til hjemstat. Oppholdsrett er forankret i en analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 tolket i lys av TFEU artikkel 21.

I situasjoner når unionsborgeren bor i en vertsstat og arbeidspendler til hjemstat har familiemedlemmene ikke oppholdsrett i borgerens hjemstat. Familiemedlemmene oppfyller ikke vilkår for avledet oppholdsrett i unionsborgerdirektivet. Det at familiemedlemmene ikke gis oppholdsrett er ikke til hinder for borgerens utøvelse av rett til fri bevegelighet ved å bo i en vertsstat og utøve arbeidspendling til en annen medlemsstat enn borgeren er bosatt, og oppholdsrett forankres av den grunn ikke i TFEU artikkel 21.

5 Oppholdsrett for familiemedlemmer i EØS-retten

5.1 EU-rettens betydning for tolkningen av EØS-retten

Avledet oppholdsrett for unionsborgerens familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, i borgerens hjemstat er forankret i TFEU artikkel 21 og i EUs traktatsbestemmelser om grunnrettigheter begrunnet i unionsborgerens rett på effektiv utøvelse av retten til fri bevegelighet i EU-retten.¹⁰³ Spørsmålet er hvilken betydning EU-retten har for tolkningen i EØS-retten av familiemedlemmers oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat når TFEU artikkel 21 ikke har en parallell i EØS-retten.

Homogenitetsprinsippet tilsier at bestemmelser i EØS-avtalen som er parallelle med de i EU-retten skal tolkes på samme måte som sistnevnte. Dette prinsippet skal tillegges tung vekt. EFTA-domstolen har på grunn av homogenitetsmålsettingen, som er forankret i ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2, EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1 og artikkel 6 og i formålet om ensartethet uttrykt i EØS-avtales fortale avsnitt 4 og 15, strukket seg langt i å tolke tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen likt som i EU-retten.¹⁰⁴ Det er imidlertid grenser for hvor langt homogenitetsprinsippet kan strekkes for å gi EU-rettens tolkning gjennomslagskraft i EØS-retten, der EU-retten baserer tolkning av et direktiv på en traktatsregel som ikke har parallell i EØS-avtalen.

¹⁰³ Case C-456/12 *O. og B.* avsnitt 61, Case C-457/12 *S. og G* avsnitt 44 – 45, Case *Singh* C-370/90 avsnitt 25

¹⁰⁴ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 60 og 68 og sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 54 – 59

Topilarstrukturen i EØS kan være av relevans for hvor langt homogenitetsmålsettingen kan strekkes for å få gjennomslagskraft. Dette finner jeg også støtte i EFTA-domstolens nevning av EØS-pilarene i *Jabbi* avsnitt 62. EFTA-pilarens organer speiler i stor grad EU-pilarens organer og pilarene møtes i EØS-organene. EUs traktater har blitt endret flere ganger siden EØS-avtalens undertegnelse i 1992, mens EØS-avtalens hoveddel er uendret. Det har følgelig blitt en økt avstand i topilarstrukturen. EØS-avtalen har måttet tolkes dynamisk med endringene i EU for å oppnå målsettingen om et ensartet EØS. Manglende parallelle bestemmelser i EØS-avtalen som tilsvarer nye bestemmelser i EU-traktene kan få betydning i tolkningen av EØS-avtalen. Det kan videre ha betydning for om rettigheter innfortolket i sekundærlovgivning, basert på en tilføyd bestemmelse i TFEU, vil kunne gis tilsvarende anvendelse i EØS-retten av homogenitetshensyn.

Ved beslutningen om innlemmelse av unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen vedtok EØS-komiteen EØS-tilpasninger på bakgrunn av at EØS-avtalen ikke har noe parallell til begrepet unionsborgerskap.¹⁰⁵ EFTA-statene ga i den forbindelse en felleserklæring (heretter kalt Felleserklæringen).¹⁰⁶ Det ble skrevet: «Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS-avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av fremtidige EU-rettsakter eller fremtidig rettspraksis i EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap.» Som EFTA-domstolen mener jeg det er naturlig å tolke Felleserklæringen slik at «[a]vtalepartene kan ikke antas å ha hatt til hensikt at innføringen av unionsborgerskapet i EU-retten skulle hindre videre utvikling av den frie bevegelighet for personer i EØS.»¹⁰⁷ Jeg utleder av Felleserklæringen at EFTA-statene ønsket å verne om sin suverenitet og at EU-domstolens rettspraksis basert på unionsborgerskapet derfor ikke nødvendigvis får en tilsvarende anvendelse i EØS-retten. I Felleserklæringen ble det videre skrevet at rettigheter i unionsborgerdirektivet som gis EØS-borgerens familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, ved EØS-borgerens utøvelse av fri bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, omfattes. Jeg mener det dermed kan utledes at EU-domstolens rettspraksis om familiemedlemmers oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat ved borgerens arbeidspending kun vil kunne få et tilsvarende resultat i EØS-retten etter en tolkning av avgjørelsens vektlagte moment i en EØS-rettslig kontekst.

EFTA-domstolen vurderte i *Jabbi* hvilke konsekvenser EU-domstolens konklusjoner i forbindelse med familiemedlemmers oppholdsrett i borgerens hjemstat hadde for tolkningen av EØS-retten ved manglende parallell til unionsborgerskap i EØS-avtalen.¹⁰⁸ Saken handlet om en

¹⁰⁵ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 bemerkning nr. 8 og artikkel 1 nr. 1 bokstav c

¹⁰⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007, Felleserklæringen

¹⁰⁷ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 64

¹⁰⁸ *Ibid.* avsnitt 67

norsk borger som hadde oppholdt seg i Spania og giftet seg med en tredjelandsborger.¹⁰⁹ Ved den norske borgerens retur til Norge hadde tredjelandsborgeren søkt familiegjennforening etter EØS-regelverket.¹¹⁰ EFTA-domstolen fikk spørsmål om unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b jf. artikkel 7 nr. 2 gir en avledet oppholdsrett for familiemedlemmer til en EØS-borger, som er tredjelandsborgere, ved EØS-borgerens retur til hjemstat.¹¹¹

EFTA-domstolen påpekte i *Jabbi* at EU-domstolen i *O. og B.* hadde avvist en direkte forankring i unionsborgerdirektivet av familiemedlemmers oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens retur og i stedet forankret oppholdsrett i en analogisk anvendelse av direktivets artikkel 7 nr. 1 og 2 basert på TFEU artikkel 21 nr. 1.¹¹² Domstolen uttalte i avsnitt 67 og 68 at den rettslige sammenhengen i *O. og B.*, ved unionsborgerskap i EU-retten, gjorde at det måtte «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.» Jeg utleder av *Jabbi* at det ikke er et absolutt krav om homogenitet når traktatsreglen om unionsborgerskap har parallell i EØS-avtalen. Direktivets anvendelse på familiemedlemmers oppholdsrett i borgerens rike ved borgerens retur må dermed vurderes i en EØS-rettslig kontekst.

EFTA-domstolen la i vurderingen i *Jabbi* «særlig vekt på at fri bevegelighet for personer er en del av kjernen i EØS-avtalen»¹¹³ og utledet at homogenitetsprinsippet derfor har stor vekt.¹¹⁴ Domstolen stilte i avsnitt 76 spørsmål om nektelse av en avledet oppholdsrett for familiemedlemmene vil utgjøre en hindring for borgerens rett til fri bevegelighet forankret i EØS-retten. Basert på uttalelser i *Eind* om at det vil kunne være en hindring, og basert på at bestemmelsene i EØS-avtalen skal tolkes i lys av EMK artikkel 8 om respekt for familieliv, som medlemsstatene er bundet av, utledet EFTA-domstolen at unionsborgerdirektivets bestemmelser anvendes analogisk om vilkårene for familiemedlemmers oppholdsrett, utledet i rettspraksis, er oppfylt.¹¹⁵ Som påpekt av Arnesen, leder den manglende parallell av TFEU artikkel 21 i EØS-avtalen til en «forskjellig tolkning av et og samme direktiv i EU og i EØS, men samme materielle resultat».¹¹⁶ EFTA-domstolen forsøkte ikke i *Jabbi* å oppnå homogenitet ved å tolke unionsborgerdirektivet likt i EU- og EØS-retten, men søkte i stedet å få like faktiske rettigheter. Jeg leser ut av dommen at EFTA-domstolen benyttet seg av reell homogenitet til å tolke

¹⁰⁹ Ibid. avsnitt 22

¹¹⁰ Ibid. avsnitt 22 og 24

¹¹¹ Ibid. avsnitt 26

¹¹² Ibid. avsnitt 65 – 66

¹¹³ Ibid. avsnitt 68, se også avsnitt 60

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 60

¹¹⁵ Ibid. avsnitt 77, 79, 81– 82

¹¹⁶ Arnesen (2021) s. 245

bestemmelsen i unionsborgerdirektivet annerledes enn EU-domstolen, for å sikre EØS-borgernes rett til å fri bevegelighet i EØS-avtalen artikkel 28 som har parallell i TFEU artikkel 45.¹¹⁷ Retten til effektiv utøvelse av fri bevegelighet anser jeg som en del av kjernen i EØS-retten og i EU-retten. Denne kjernen ble benyttet av EU-domstolen som argumentasjon for familiemedlemmers oppholdsrett før opprettelsen av unionsborgerskapet i *Singh*.¹¹⁸ Jeg vurderer at dette har vært avgjørende for EFTA-domstolens konklusjon om at unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 kan anvendes analogisk på EØS-borgeres familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, ved borgerens retur til hjemstat, selv om dette avviker fra EU-domstolens tolkning av direktivet.¹¹⁹

I *Campbell* var EFTA-domstolen igjen stilt spørsmål om unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 anvendes analogisk på oppholdsrett til EØS-borgeres familiemedlemmer ved borgerens retur til hjemstat med familiemedlemmer basert på homogenitetsprinsippet og at EU-domstolen hadde opprettholdt avledet oppholdsrett i slike situasjoner etter *O. og B.*¹²⁰ Saken handlet om en canadisk statsborger som etter opphold i Sverige med sin norske ektefelle søkte om oppholdsrett i Norge som familiemedlem ved ektefellens retur til Norge.¹²¹

EFTA-domstolen opprettholdt synet i *Jabbi* om at unionsborgerdirektivet må tolkes i en EØS-rettslig kontekst og at det må tas hensyn til at denne rettslige konteksten skiller seg fra EU-pilaren som har TFEU artikkel 21.¹²² For å i EØS-retten oppnå direktivets mål om tilrettelegging for og styrking av EØS-borgeres utøvelse av retten til fri bevegelighet og oppholdsrett innenfor medlemslandenes territorium måtte direktivet tolkes annerledes enn tolkningen i EU-domstolen.¹²³ EFTA-domstolen uttalte i avsnitt 58 at det var «ingen grunn til å fravike den forståelse av ensartethet og effektivitet» som domstolen hadde utledet i *Jabbi*. Dette fulgte av at EFTA-domstolen i samme avsnitt hadde konkludert med at den EØS-rettslige konteksten for vurderingen av analogisk anvendelse av direktivet på familiemedlemmenes oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat, fastlagt i *Jabbi*, ikke hadde endret seg ved rettspraksis avsagt av EU-domstolen. Den nye rettspraksisen fra EU-domstolen ikke hadde tolket unionsborgerdirektivet i «EØS-avtalens kontekst».¹²⁴ Jeg utleder av EFTA-domstolens opprettholdelse av synet i *Jabbi* at tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger derfor er omfattet av

¹¹⁷ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 77, 79, 81 – 82

¹¹⁸ Se Case C-370/90 *Singh* avsnitt 25

¹¹⁹ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 82

¹²⁰ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 32 og 54

¹²¹ *Ibid.* avsnitt 19 – 23

¹²² *Ibid.* avsnitt 56 og 57, se Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 67– 68

¹²³ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 57

¹²⁴ *Ibid.* avsnitt 58

unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 2, ved en analogisk tolkning av direktivet, når EØS-borgeren returnerer til hjemstat.¹²⁵

EFTA-domstolen har i *Jabbi*, opprettholdt i *Campbell*, strukket tolkningsprinsippene langt for å utlede i unionsborgerdirektivet en avledet oppholdsrett for EØS-borgeres familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, i EØS-borgerens hjemstat ved borgeren retur. Til tross for manglende parallell til TFEU artikkel 21 i EØS-avtalen og EU-domstolens opprettholdelse i flere avgjørelser om at en slik oppholdsrett ikke kan utledes av unionsborgerdirektivet selvstendig, har EFTA-domstolen kommet til samme konklusjon om avledet oppholdsrett ved analogisk tolkning av unionsborgerdirektivet. EFTA-domstolen har følgelig, basert på EØS-borgerens rett til fri bevegelse som er en del av EØS-rettens kjerne, benyttet seg av reell homogenitet for å komme til sin konklusjon.¹²⁶ I *Campbell* ble den analogiske anvendelsen basert på at direktivets mål fremmer denne frie bevegelsen og i *Jabbi* ble den basert på grunnrettigheten om fri bevegelse sammenholdt med retten til respekt for privatliv og familieliv i EMK artikkel 8.

Som Fredriksen og Mathisen påpeker, er EFTA-domstolens forståelse av homogenitetsprinsippet i disse dommene «ikke helt lett å forene med EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3(2), men den har en viss støtte i EØS-avtalen artikkel 1 og EØS-avtalens overordnede målsetting om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked, jf. også fortalens fjerde avsnitt».¹²⁷ Jeg har samme syn som overnevnte ettersom EFTA-domstolen tolket unionsborgerdirektivet og dens artikkel 7 nr. 1 og 2 analogisk, i strid med EU-domstolens tolkning, for å gi EØS-borgere samme rett til å utøve fri bevegelse uten hindringer som for unionsborgere. Formålet om en ensartet EØS uttrykt i EØS-avtalen mener jeg taler for at en slik tolkning er rettslig holdbar. Jeg mener ytterlige støtte ligger i at det fra EU-domstolens rettspraksis før opprettelsen av unionsborgerskapet om familiemedlemmers avledet oppholdsrett i EU-retten og i EØS-domstolens uttalelser om avledet oppholdsrett for familiemedlemmer, utledes at kjernen i TFEU og i EØS-avtalen er fri bevegelse for deres borgere uten hindringer.¹²⁸ EFTA-statenes inntreden i EUs indre marked ved EØS-avtalen med en lignende kjerne om retten til fri bevegelse for personer omfattet av EUs traktater og EØS-avtalen, sammenholdt med målsettingen i EØS-avtalen om et ensartet EØS, mener jeg taler for at EFTA-domstolen med rette har strukket homogenitetsprinsippet lagt for å oppnå homogenitet i de to EØS-pilarene.

Jeg er enig med EFTA-domstolens tolkning i *Jabbi* og *Campbell* og ser ikke på TFEU artikkel 21 som nødvendig rettsgrunnlag for familiemedlemmers oppholdsrett i pendlersituasjonene jeg

¹²⁵ Ibid. avsnitt 59

¹²⁶ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 57 – 59, Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 60, 68, 79 og 81 – 82

¹²⁷ Fredriksen (2022) s. 77

¹²⁸ Case C-370/90 *Singh* avsnitt 23 og Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 60 og 68

utleder familiemedlemmer vil kunne få oppholdsrett etter. Jeg utleder av min øvrige vurdering at EØS-retten ved tolkning av familiemedlemmers oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat skal tillegge EU-rettens tolkning betydning selv om EØS-avtalen ikke har en parallell til TFEU artikkel 21.

5.2 EØS-borgeren arbeidspendler/arbeidspendlet til hjemstat

I *Campbell* fikk EFTA-domstolen anmodning om rådgivende uttalelse om tolkningen av vilkår for familiemedlemmer, som er tredjelandsborgere, sin oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat.¹²⁹ Saken handlet om en norsk borger som hadde flyttet til Sverige med sin canadiske ektefelle. Den norske borgeren hadde arbeidspendlet til Norge med en turnus på tre uker arbeid og tre uker fri. Arbeidsforholdet i Norge ble avsluttet og en tid etterpå flyttet den norske borgeren med sin canadiske ektefelle tilbake til Norge der ektefellen søkte oppholdsrett. EFTA-domstolen fikk anmodning fra Norges Høyesterett om å klargjøre hva som ligger i kravet til sammenhengende opphold som EFTA-domstolen stilte som vilkår i *Jabbi* for en tredjelandsborgers avledede oppholdsrett i ektefellens hjemstat.¹³⁰ Høyesterett hadde videre stilt spørsmål om hva som ligger i vilkåret om at borgeren i vertsstaten må ha hatt et reelt opphold som la til rette for et familieliv i vertsstaten.¹³¹ Spørsmålene ble stilt på bakgrunn av vilkår oppstilt i rettspraksis i EFTA-domstolen i *Jabbi* og i EU-domstolen for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere i EØS-borgerens hjemstat.

EFTA-domstolen uttalte i sin innledende bemerkning i avsnitt 50 at en EØS-borger som arbeider i hjemstat og bor i en annen medlemsstat omfattes av EØS-avtalen artikkel 28. Bestemmelsen hjemler EØS-borgerens rett til fri bevegelse som arbeidstaker i medlemsstatene, som inkluderer rett til å flytte og oppholde seg i medlemsstatene. I avsnitt 51 uttalte domstolen at EØS-borgeren for å ha en effektiv utøvelse av retten til fri bevegelse som arbeidstaker, når borgeren «skaper et reelt opphold i en annen EØS-stat som etablerer eller styrker familielivet», må innebære at «EØS-borgerens familieliv kan fortsette når de vender tilbake til opprinnelsesstaten». Domstolen utledet i samme avsnitt at arbeidstakeren ikke kan «hindres» i å utøve retten etter EØS-avtalen artikkel 28 ved at familiemedlemmer ikke gis oppholdsrett i borgerens hjemstat og at EØS-retten av den grunn krever at familiemedlemmer, «også om familiemedlemmet er tredjelandsborger», gis en avledet oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat. EFTA-domstolen mente, ut fra opplysningene i saken, at EØS-borgeren hadde utøvet retten til fri bevegelse etter EØS-avtalen artikkel 28 gjennom arbeid i en annen medlemsstat enn der ektefellen bodde.¹³²

¹²⁹ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 32

¹³⁰ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 32, se Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 80

¹³¹ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 32

¹³² Ibid. avsnitt 52

EFTA-domstolen klargjorde i avsnitt 65 til 67 vilkåret om sammenhengende opphold. Domstolen bemerket i avsnitt 65 at uttrykket «sammenhengende ... ikke forstås slik at det utelukker ethvert fravær fra vertsstaten». Domstolen utledet dette av at verken unionsborgerdirektivets formål om å legge til rette for eller styrke EØS-borgeres rett til fri bevegelighet og opphold i medlemsstatene, forankret i unionsborgerdirektivet artikkel 1., eller direktivets bestemmelser om oppholdsrett i over tre måneder og varig oppholdsrett, i kapittel III eller IV, krever at «tilstedeværelse i vertsstaten må være helt uten midlertidige fravær».¹³³ EFTA-domstolen mente dermed at unionsborgerdirektivets bestemmelser «ikke kan tolkes snevert, og må ikke i noe tilfelle fratras sin virkning».¹³⁴ I avsnitt 67 uttalte EFTA-domstolen at «rimelige perioder med fravær, som kan være arbeidsrelaterte eller ikke, og som i varighet ikke kan være i strid eller uforenlig med reelt opphold» ikke hindrer EØS-borgeren fra å oppfylle kravet til reelt opphold i vertsstaten. I samme avsnitt utdypet EFTA-domstolen at fraværet «sett isolert eller samlet» ikke kan ha en «varighet eller en art som er til hinder for etablering og styrking av familielivet». Jeg utleder av EFTA-domstolens uttalelser at ikke ethvert fravær fra vertsstaten vil hindre EØS-borgeren fra å oppfylle vilkåret om reelt opphold.

I vurderingen av om EØS-borgeren har hatt et reelt opphold i vertsstaten uttalte EFTA-domstolen i avsnitt 67 at det må ses til om oppholdet i vertsstaten har vært «egnet til å etablere eller styrke familielivet mellom EØS-borgeren og tredjelandsborgeren».¹³⁵ Et bevis på et slikt opphold uttalte EFTA-domstolen i avsnitt 63 er om EØS-borgeren har hatt et opphold i vertsstaten som oppfyller vilkårene i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2. I *Jabbi* hadde EFTA-domstolen bygd familiemedlemmenes oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat ved borgerens retur på en forutsetning om at EØS-borgeren «hadde lovlig opphold ... i over tre måneder» i vertsstaten da borgeren «[i] motsatt fall ... ikke sies å ha benyttet seg av EØS-retten».¹³⁶ Jeg utleder av EFTA-domstolens uttalelser i *Jabbi* og *Campbell* at borgeren må ha hatt et lovlig opphold i vertsstaten i over tre måneder for at familiemedlemmene ved borgerens retur til hjemstaten kan gis oppholdsrett.

I *Campbell* hadde EØS-borgeren bodd i vertsstaten, Sverige, i ett år under pendlingen før retur til hjemstaten Norge. EFTA-domstolen bemerket i avsnitt 68 at en turnusordning på tre uker i hjemstat i forbindelse med arbeid og tre uker fri «neppe er uvanlige» og at borgerens opphold i andre land enn vertsstaten i forbindelse med enkelte av feriedagene «ikke synes uforenlig med kravene til reelt opphold». Jeg vurderer at denne bemerkningen åpner for en tolkning der en

¹³³ Ibid. avsnitt 65 – 66

¹³⁴ Ibid. avsnitt 65

¹³⁵ Ibid. avsnitt 67

¹³⁶ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 73

EØS-borger med lignende turnusordning uten tidligere sammenhengende opphold i vertsstaten oppfyller vilkåret om reelt opphold i vertsstaten.

Jeg utleder av EFTA-domstolens tolkning av vilkårene i *Campbell* at EØS-borgeres familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens retur etter arbeidspendling til hjemstat fra vertsstat. EØS-borgeren må ha hatt et lovlig og reelt opphold i vertsstaten som har vært egnet til å skape eller styrke familielivet. For å oppfylle kravet om reelt opphold må borgeren og familiemedlemmene kunne legge frem bevis om opphold i vertsstaten som har vært i henhold til og i samsvar med vilkårene i unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2. Borgeren må følgelig ha oppholdt seg i vertsstaten i mer enn tre måneder før retur til hjemstat med familiemedlemmene. Vilkaåret om reelt opphold stiller imidlertid ikke krav om et sammenhengende opphold og borgeren kan følgelig ha hatt fravær fra vertsstaten om fraværet ikke var av en tidsperiode eller art som var til hinder for opphold i vertsstaten egnet til å styrke eller etablere et familieliv.

Oppsummert må EØS-borgeren for familiemedlemmenes oppholdsrett i borgernes hjemstat ved borgerens retur ha hatt under arbeidspendlingen lovlig, reelt opphold i versstaten over tre måneder som har vært egnet til å skape eller styrke familielivet. I et slikt tilfelle vil unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 anvendes analogisk på familiemedlemmene, som er tredjelandsborgere, sin oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat.

EØS-borgerens familiemedlemmer mener jeg ikke har oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgerens pågående arbeidspendling til en annen medlemsstat. Vilkår for oppholdsrett ved analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet eller oppholdsrett forankret i borgerens effektive utøvelse av arbeidspendling mener jeg ikke oppfylt.

Jeg mener at rettstilstanden i pendlersituasjoner der borgeren bor i en vertsstat og har pågående arbeidspendling til hjemstat og der borgeren returnerer til hjemstat etter å ha avsluttet arbeidspendling er tilsvarende som i EU-retten og følgelig skal tolkes likt. Jeg utleder dette av EFTA-domstolens opprettholdelse i *Campbell*, avsagt i 2019, om at den EØS-rettslige konteksten ikke hadde endret seg og at det følgelig er «ingen grunn til å fravike den forståelse av ensartethet og effektivitet» som domstolen hadde utledet i *Jabbi*.¹³⁷ For nærmere redegjørelse om familiemedlemmenes avledede oppholdsrett ved disse pendlersituasjonene viser jeg til kapittel 4.4 og 4.5.

5.3 EØS-borgeren arbeidspendler/arbeidspendlet fra hjemstat

EØS-borgeren omfattes av EØS-avtalen artikkel 28 ved arbeid i et annen medlemsstat enn hjemstat. EFTA-domstolen har ikke avsagt rådgivende uttalelse om avledet oppholdsrett i EØS-

¹³⁷ Sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 58

borgeres hjemstat for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger med pågående arbeidspendling fra hjemstat til annen medlemsstat. EU-domstolen har uttalt seg om oppholdsrett i denne situasjonen og det er dermed sentralt å se på vurderingen i *S. og G.*

I *S. og G.* forankret EU-domstolen oppholdsrett til familiemedlemmer i TFEU artikkel 45, som har parallell i EØS-avtalen artikkel 28.¹³⁸ Vilkår for oppholdsrett i EU-domstolen og tolkning av disse i *S. og G.* kan av den grunn anvendes direkte i EØS-retten. Det er EØS-avtalens artikkel 28 som er den rettslige forankringen for familiemedlemmers oppholdsrett når EØS-borgeren arbeidspendler fra hjemstat.

For familiemedlemmers oppholdsrett kreves det at den er nødvendig for EØS-borgerens effektive utøvelse av arbeidspendling. Et slikt moment er som tidligere redegjort eksempelvis der EØS-borgeren har barn som familiemedlemmet tar seg av omsorgen for, slik at EØS-borgeren kan arbeide i en annen hjemstat, som ble vektlagt i *S. og G.* og *Carpenter*. Det kreves imidlertid at det er en naturlig omsorgsrolle, og som omtalt i *S. og G.* vil ønsket om at familiemedlem i oppstigende linje fra unionsborgerens ektefelle tar vare på unionsborgerens barn ikke være et tilstrekkelig selvstendig moment. Hyppigheten av pendlingen fra hjemstaten virker, som utledet av *S. og G.*, å ikke være streng da det i avgjørelsen var tilstrekkelig at unionsborgeren arbeidspendlet til en annen medlemsstat minst én gang i uken og arbeidet 30% av ukentlig arbeidstid med planlegging og forretningsreiser til denne medlemsstaten. En tilsvarende eller hyppigere pendling til vertsstaten virker følgelig tilstrekkelig for at familiemedlemmene vil kunne gis en rett til oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat om familiemedlemmenes opphold er nødvendig for EØS-borgerens utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat.

Når EØS-borgeren avslutter arbeidspendling fra hjemstat mener jeg borgerens familiemedlemmer som har hatt oppholdsrett i borgerens hjemstat under arbeidspendlingen har krav på opprettholdt oppholdsrett. Retten er forankret i borgerens rett til effektiv utøvelse av rettigheten i EØS-avtalen artikkel 28.

For nærmere redegjørelse av familiemedlemmers oppholdsrett ved pendlersituasjonene se til kapittel 4.2 og 4.3, ettersom jeg mener rettstilstanden for oppholdsrett er lik i EU- og EØS-retten.

5.4 Oppsummering

EØS-borgeres familiemedlemmer kan få oppholdsrett i borgerens hjemstat ved borgers retur til hjemstat etter avsluttet arbeidspendling og ved pågående/avsluttet arbeidspendling til en annen medlemsstat fra hjemstat. Oppholdsrett er da begrunnet med borgerens rett på effektiv utøvelse

¹³⁸ Case C-457/12 *S. og G.* avsnitt 44

av fri bevegelighet som er selve kjernen i EØS-retten og er forankret i EØS-avtalen artikkel 28 og/eller analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2. Familiemedlemmene har av denne grunn avledet oppholdsrett i borgerens hjemstat til tross for manglende parallell av unionsborgerskapet i EØS-retten. Dette har jeg utledet ut fra EU- og EFTA-domstolens rettspraksis.

I situasjoner der EØS-borgeren returnerer til hjemstat etter å ha arbeidspendlet til hjemstat ved bosetting i vertsstat, mener jeg familiemedlemmer som slutter seg til eller følger med borgere kan gis oppholdsrett i EØS-borgerens hjemstat, forankret i en analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2. EFTA-domstolen har fastslått og opprettholdt en slik EØS-rettslig tolkning av direktivet. Den analogiske anvendelsen av direktivet er basert på EØS-borgerens effektive utøvelse av retten til fri bevegelighet uten hindringer, hjemlet i EØS-avtalen artikkel 28 for arbeidstakere.

I situasjoner der EØS-borgeren arbeidspendler fra hjemstat mener jeg familiemedlemmer kan gis oppholdsrett i borgerens hjemstat forankret i EØS-avtalen artikkel 28, som hjemler EØS-borgerens rett på effektiv utøvelse av fri bevegelighet som arbeidstaker i EØS.

Når EØS-borgeren har avsluttet arbeidspendling til en annen medlemsstat fra hjemstat mener jeg familiemedlemmer med innvilget oppholdsrett under arbeidspendlingen ikke mister oppholdsrett. Jeg forankrer dette i EØS-borgerens rett til effektiv utøvelse av retten til fri bevegelighet som arbeidstaker, hjemlet i EØS-avtalen artikkel 28.

Rettstilstanden til EØS-borgeres familiemedlemmer ved pendlersituasjonene mener jeg er tilsvarende som i EU-retten og jeg mener min redegjørelse i kapittel 4 av momenter ved vurderingen av familiemedlemmers oppholdsrett i unionsborgeres hjemstat i pendlersituasjonene er anvendelig på EØS-borgere.

Jeg utleder av min analyse av EU- og EØS-retten at familiemedlemmer ikke gis oppholdsrett i borgerens hjemstat i de følgende situasjoner. Familiemedlemmene gis ikke oppholdsrett når unionsborgeren arbeidspendler fra vertsstat til hjemstat eller når borgeren har avsluttet arbeidspendling til hjemstat og fortsatt bor i vertsstaten. Videre gis ikke oppholdsrett når borgeren returnerer til hjemstat etter arbeidspendling til hjemstat om borgeren ikke har hatt et reelt opphold i vertsstaten, ved eksempelvis ukependling til annen medlemsstat, som har ført til at oppholdet ikke har vært egnet til å skape eller styrke familielivet i vertsstaten. Oppholdsrett gis heller ikke om familiemedlemmene ikke har hatt familiestatus etter unionsborgerdirektivet før borgerens retur. Familiemedlemmene har ikke oppholdsrett om det ikke er nødvendig for borgerens arbeidspendling til en annen medlemsstat eller om familiemedlemmene ikke bodde sammen med borgeren før borgeren avsluttet arbeidspendlingen til en annen medlemsstat.

Den videre vurderingen er om den utledede oppholdsrett for familiemedlemmene i EØS-retten har tilstrekkelig rettslig forankring i norsk intern rett. Tolkningsmomentene i kapittel 3 er benyttet for å trekke slutning.

6 Oppholdsrett i Norge for familiemedlemmer etter norsk rett

6.1 Den rettslige forankring av oppholdsrett utledet av EØS-rett i intern rett

For at familiemedlemmer til en norsk borger, som er tredjelandsborgere, omfattes av oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven 2008 kapittel 13 må de oppfylle inngangsvilkårene i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. Bestemmelsen krever at familiemedlemmene «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land».

Familiemedlemmer som følger eller slutter seg til den norske borgeren ved borgerens retur til Norge etter å ha arbeidspendlet fra et annet EØS-land, mener jeg har tilstrekkelig rettslig forankring til å innfortolkes i utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. EFTA-domstolen har innfortolket en analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 på oppholdsrett i hjemstat basert på en EØS-konform tolkning av direktivet for en effektiv utøvelse av EØS-avtalen artikkel 28. Oppholdsrettsbestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 gjennomfører bestemmelsene i unionsborgerdirektivet. En naturlig slutning er at det da må være «gode og tungtveiende grunner» for å fravike den tolkningen EFTA-domstolen har av EØS-retten.¹³⁹ Noen slike grunner finner jeg ikke i dette tilfellet. Jeg mener de omtalte momentene taler for at familiemedlemmene til den norske borgeren omfattes av bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 og kan få oppholdsrett i over tre måneder om vilkårene i utlendingsloven § 114 er oppfylt. Både utlendingsloven § 3 og EØS-loven § 2 indikerer at utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum må tolkes slik for å overholde forpliktelsene i EØS-avtalen. Presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning mener jeg trekker i samme retning.

For familiemedlemmer som følger eller gjenforenes med den norske borgeren i Norge etter arbeidspendling er det tilstrekkelig for oppholdsrett i over tre måneder at den norske borgeren oppfylder ett av vilkårene i utlendingsloven § 112, jf. § 114 første ledd jf. § 113 første og annet ledd. Oppholdsrett for den norske borgerens familiemedlemmer som er tredjelandsborgere krever at borgeren omfattes av en av vilkårene i utlendingsloven § 112 første ledd bokstav a til c. Den norske borgeren må enten være arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, eller yte tjenester eller ha tilstrekkelig med midler for å forsørge seg selv og familiemedlemmer som

¹³⁹ HR-2016-2554-P avsnitt 77

følger med til Norge og ha sykeforsikring i Norge. Om borgeren ved retur til Norge tar utdanning ved en godkjent utdanningsinstitusjon er det kun ektefelle, samboer eller barn i en alder under 21 som borgeren forsørger, som vil ha oppholdsrett i Norge når de gjenforenes med eller følger den norske borgeren til Norge, jf. utlendingsloven § 112 første ledd bokstav d jf. § 114 første ledd jf. § 113 annet ledd. I utdanningssituasjonen kreves det i tillegg at den norske borgeren har sykeforsikring og tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og familiemedlemmer. Vilkårene i utlendingsloven § 114 er lik de i unionsborgerdirektivet artikkel 7. For forutgående vilkår for oppholdsrett viser jeg til vilkår utledet i EU-retten i kapittel 4, som er anvendelige på EØS-retten og følgelig på oppholdsrett i utlendingsloven kapittel 13.

Familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler eller arbeidspendlet til en annen medlemsstat omfattes ikke av utlendingsloven kapittel 13 ettersom de ikke «følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket ...», jf. utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum. En norsk borger som arbeidspendler til et annet medlemsland omfattes av EØS-avtalens artikkel 28. EØS-loven § 2 krever at EØS-forpliktelsen i EØS-retten artikkel 28 har forrang over utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum som kun regulerer returtilfeller. Jeg mener utlendingsloven § 3, presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning hjemler en tilsvarende oppholdsrett. En manglende regulering i utlendingsloven er følgelig ikke til hinder for en tolkning av oppholdsrett til familiemedlemmer til en norsk borger som arbeidspendler. Jeg har utledet av EU-domstolens rettspraksis at oppholdsrett til familiemedlemmer i borgerens hjemstat må være nødvendig for borgerens effektive utøvelse av arbeid i en annen medlemsstat ved pågående arbeidspendling og at familiemedlemmers oppholdsrett ved borgerens avsluttede arbeidspendling opprettholdes. For nærmere redegjørelse av vilkår viser jeg til kapittel 4 og 5.

6.2 Rettssikkerhetsprinsippet og legal certainty

EØS-retten stiller krav ut fra et rettssikkerhetsprinsipp, omtalt legal certainty, at nasjonale regler som griper inn i EØS-rettens grunnfriheter må være «klare, presise og forutsigbare».¹⁴⁰ Dette prinsippet forankres i forvaltningsretten i norsk intern rett.¹⁴¹ Prinsippet sikrer retten til forutberegnelighet, kontradiksjon og åpenhet om borgeres plikter og rettigheter.

Bestemmelsene i utlendingsloven og EØS-loven oppfyller ikke krav om klare, presise og forutsigbare nasjonale regler om familiemedlemmers oppholdsrett ved borgerens arbeidspendling. En norsk borger og dens familiemedlemmer vil ikke ut fra en ordlydsfortolkning av utlendingsloven § 110 annet ledd annet punktum forstå at familiemedlemmene kan gis oppholdsrett i Norge i enkelte av arbeidspendlingssituasjonene til den norske borgeren.

¹⁴⁰ Fredriksen (2022) s. 154

¹⁴¹ Eckhoff (2018) s. 62

De nasjonale rettskildene er tause om familiemedlemmene kan omfattes av bestemmelsene om oppholdsrett i utlendingslovens kapittel 13 ved borgerens retur etter arbeidspendlingen fra vertsstat. Kravet om rettsikkerhet er derfor ikke oppfylt. I EØS-retten er oppholdsrett forankret i en analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 og 2 for en effektiv utøvelse av retten til fri bevegelse som arbeidstakere etter EØS-avtalens artikkel 28. Det er utledet av EFTA-domstolens rettspraksis. Retursituasjonen er i strid med EØS-retten siden det ikke oppfyller krav om legal certainty.

Utlendingsloven regulerer ikke oppholdsrett for familiemedlemmene når borgeren arbeidspendler til et annet EØS-land. I EØS-retten er oppholdsrett til borgerens familiemedlemmer utledet av at borgere skal ha en rett til effektiv utøvelse av fri bevegelse som arbeidstakere etter EØS-avtalen artikkel 28. Krav om rettsikkerhet og krav om legal certainty etter EØS-retten er følgelig ikke oppfylt i norsk intern rett.

Instruks AI-1/2022 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet om oppholdsrett for familiemedlemmer ved borgerens pendlersituasjoner tilfredsstiller ikke selvstendig kravet om klare, presise og forutsigbare nasjonale regler. For å gi rettsikkerhet må lovgiver regulere familiemedlemmers oppholdsrett i Norge ved den norske borgerens arbeidspendling klart og presist i lovtekst eller forskrift slik at det er tydelig at familiemedlemmene kan gis oppholdsrett i Norge underlagt vilkår som må oppstilles.

Kildeliste

Litteratur

- Arnesen (2022) Arnesen, Finn mfl. *Oversikt over EØS-retten*. Oslo: Universitetsforl., 2022.
- Arnesen (2021) Arnesen, Finn. «EØS-elefanten i rommet.» *Jussens venner* årg. 56, nr. 4 (2021) s. 240-266. [Lest i idunn.no]
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforl., 2015.
- Boe (2021) Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. 2. utg., Oslo: Universitetsforl., 2021.
- Eckhoff (2018) Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 11. utg., ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforl., 2018.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforl., 2001.
- Fredriksen (2022) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget., 2022.
- Statistisk sentralbyrå a *Jobb i et annet nordisk land*. [Excel-dokument], (2021)https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/attachment/449684?_ts=178636798c8
hentet 09.01.2023

Statistisk sentralbyrå b

«1 700 nordmenn pendlet til jobb i annet nordisk land i 2015.» (2021) <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/1-700-nordmenn-pendlet-til-jobb-i-annet-nordisk-land-i-2015> hentet 09.01.2023

Statistisk sentralbyrå c

«Hvor mange pendler til Norge for å arbeide?» (2021) <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/hvor-mange-pendler-til-arbeid-i-norge> hentet 09.01.2023

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

1988

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

1992

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

2008

Lov 15.mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

2009

Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

Forarbeider

NOU 2004:20

Ny utlendingslov.

NOU 1983:47

Ny fremmedlov.

Ot.prp. nr. 46 (1986–1987)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Ot.prp. nr. 79 (1991–1992)	<i>Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.</i>
Ot.prp. nr. 75 (2006–2007)	<i>Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).</i>
Ot.prp. nr. 72 (2007–2008)	<i>Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.).</i>

Rettspraksis

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

HR-2016-2554-P (Holship)

Forvaltningspraksis

Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022)	Arbeids- og inkluderingsdepartementet. <i>Instruks om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere</i> , 25. januar 2022. AI-1/2022 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/instruks-om-tolkningen-av-vilkarene-for-avledet-oppholdsrett-for-tredjelandsborgere-som-er-familiemedlemmer-av-eos-borgere/id2898528/
Kgl.res. 30 oktober 2009	<i>PRE-2009-10-30-1324 Ikraftsetting av lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og endringslover Kongelig resolusjon. Statsråd Knut Storberget.</i>

Utlendingsdirektoratet (2010)	Utlendingsdirektoratet. <i>Familieinnvandring med EØS-borger</i> , 04.02.10. RUDI 2010-025. Sist endret 09.11.22. https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-025/
Utlendingsdirektoratet (2011)	Utlendingsdirektoratet. <i>Rutiner for EØS-regelverket</i> , 20.07.2011. RUDI-2011-35. Sist endret 11.03.22. https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2011-035/

Internasjonale rettskilder

Traktater, direktiver og beslutninger

EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter</i> , Roma 1950. [Offisiell norsk oversettelse].
EEC	<i>Treaty establishing the European Economic Community</i> , Roma 1957. [Romatraktaten]
TEU	<i>Treaty on European Union</i> , Maastricht 1992. [Maastricht-traktaten]
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske samarbeidsområde</i> , Porto 1992.
ODA-avtalen	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol</i> , Oporto 1992.
TEC	<i>Consolidated version of the Treaty establishing the European Community</i> . Consolidated version 2006.
TFEU	<i>Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union</i> . Consolidated version 2016.

Direktiv 2004/38/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29.april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatens territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [Unionsborgerdirektivet].

EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007

EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett).

EU-domstolen

Case C-370/90

The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department. ECLI:EU:C:1992:296.

Case C-60/00

Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department. ECLI:EU:C:2002:434.

Case C-291/05

Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R. N. G. Eind. ECLI:EU:C:2007:771.

Case C-40/11

Yoshikazu Iida v Stadt Ulm. ECLI:EU:C:2012:9602.

Case C-456/12

O. v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v B. ECLI:EU:C:2014:135.

Case C-457/12

S. v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v G. ECLI:EU:C:2014:136.

EFTA-domstolen

Sak E-28/15

Yankuba Jabbi v Den norske stat v/Utlendingsnemnda.

Sak E-4/19

Melissa Colleen Campbell v Den norske stat v/Utlendingsnemnda.