

UiO : **Det juridiske fakultet**

Fri bevegelighet for hele familien?

Tredjelandsborgeres avledede oppholdsrett etter EU/EØS-regelverket

Kandidatnummer: 212

Leveringsfrist: 1. juni 2015

Antall ord: 39 396



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Tema for avhandlingen | 1 |
| 1.2 | Nasjonal familieinnvandringspolitikk..... | 1 |
| 1.3 | Forholdet mellom utlendingsloven og EØS-retten | 3 |
| 1.3.1 | Innledning | 3 |
| 1.3.2 | EØS-konform tolkning | 3 |
| 1.3.3 | Utlendingsloven § 3 – sektormonisme | 4 |
| 1.3.4 | Forholdet mellom EØS-loven § 2 og utlendingsloven § 3 | 6 |
| 1.4 | Materialet | 8 |
| 1.4.1 | Innledning | 8 |
| 1.4.2 | Unionsborgerdirektivet – Direktiv 2004/38/EF..... | 8 |
| 1.4.3 | EØS-komiteens beslutning og avtalepartenes felleserklæring | 10 |
| 1.4.4 | Rettsaktene fortale..... | 10 |
| 1.4.5 | Forarbeider i EU/EØS-retten | 10 |
| 1.4.6 | EU-domstolens praksis | 11 |
| 1.4.7 | Generaladvokatuttalelser | 11 |
| 1.4.8 | Særlige spørsmål om språk..... | 12 |
| 1.4.9 | Norsk rett og praksis..... | 13 |
| 1.4.10 | Mulig traktatbruddssak mot Norge..... | 13 |
| 1.5 | Øvrige avgrensninger | 14 |
| 1.6 | Den videre fremstillingen..... | 15 |
| 2 | UNIONSBORGERSKAPETS EØS-RETTLIGE BETYDNING | 18 |
| 2.1 | Innledning | 18 |
| 2.2 | Betydningen av unionsborgerdirektivets innlemmelse i EØS-avtalen | 19 |
| 2.3 | Rekkevidden av homogenitetsprinsippet | 21 |
| 2.4 | Elementene i en analyse av anvendeligheten av EU-regler om avledet oppholdsrett i EØS | 25 |
| 2.5 | Bortenfor homogenitet | 26 |
| 3 | VERTSSTATSPERSPEKTIVET | 29 |
| 3.1 | Innledning | 29 |
| 3.2 | Utgangspunktet: EØS-borgerens oppholdsrett..... | 30 |
| 3.2.1 | Innledning | 30 |
| 3.2.2 | Kravet om et grenseoverskridende element..... | 30 |
| 3.2.3 | Opphold inntil tre måneder..... | 31 |
| 3.2.4 | Opphold i mer enn tre måneder og mindre enn fem år..... | 31 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.2.5 | Opphold i mer enn fem år..... | 34 |
| 3.3 | Familiemedlemmer med rett til opphold..... | 35 |
| 3.3.1 | Innledning..... | 35 |
| 3.3.2 | Om begrepet «ektefelle»..... | 35 |
| 3.3.3 | Om begrepet «forsørges av»..... | 36 |
| 3.4 | Forhold knyttet til tredjelandsborgerens innreise..... | 38 |
| 3.4.1 | Innledning..... | 38 |
| 3.4.2 | Familiemedlemmet må «følge» eller «gjenforenes» med EØS-borgeren | 38 |
| 3.4.3 | Betydningen av ulovlig opphold..... | 40 |
| 3.5 | Tredjelandsborgeres opphold på selvstendig grunnlag..... | 42 |
| 3.5.1 | Innledning..... | 42 |
| 3.5.2 | Referansepersonen dør | 42 |
| 3.5.3 | Referansepersonen reiser fra vertsstaten | 44 |
| 3.5.4 | Skilsmisse..... | 45 |
| 3.5.5 | Forholdet til gunstigere regler i utlendingsloven..... | 51 |
| 4 | HJEMKOMSTPROBLEMATIKKEN | 55 |
| 4.1 | Innledning | 55 |
| 4.2 | Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Restriksjonsforbudet..... | 55 |
| 4.2.1 | Innledning..... | 55 |
| 4.2.2 | Fri bevegelse for økonomisk aktive..... | 56 |
| 4.2.3 | Personell utvidelse av regelen: Inkludering av ikke økonomisk aktive | 57 |
| 4.3 | Betingelsene for oppholdsretten..... | 70 |
| 4.3.1 | Analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet..... | 70 |
| 4.3.2 | Vilkår knyttet til referansepersonen | 71 |
| 4.4 | Oppsummering..... | 73 |
| 5 | PENDLERSITUASJONEN..... | 76 |
| 5.1 | Innledning | 76 |
| 5.2 | Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Restriksjonsforbudet..... | 76 |
| 5.2.1 | Innledning..... | 76 |
| 5.2.2 | Den grenseoverskridende aktiviteten..... | 78 |
| 5.2.3 | Nødvendighetskravet..... | 79 |
| 5.2.4 | Nær familierelasjon | 80 |
| 5.2.5 | Sammenfatning av de tre momentene | 81 |
| 5.3 | Rekkevidden av Carpenter-regelen..... | 81 |
| 5.4 | Oppholdsrettens innhold og varighet | 82 |
| 5.4.1 | Innledning..... | 82 |
| 5.4.2 | Materielle rettigheter | 82 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 5.4.3 | Oppholdsrettens varighet..... | 82 |
| 5.5 | Gjennomføringen i norsk rett..... | 84 |
| 5.5.1 | Innledning..... | 84 |
| 5.5.2 | Manglende uttrykkelig hjemmel som traktatbrudd | 85 |
| 5.6 | Oppsummering..... | 86 |
| 6 | OMSORGPERSONERS OPPHOLDSRETT | 88 |
| 6.1 | Innledning | 88 |
| 6.2 | EU-rettens regel om den primære omsorgspersonens oppholdsrett..... | 88 |
| 6.2.1 | Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Behovet for omsorgspersonens tilstedeværelse | 88 |
| 6.2.2 | Regelens personelle rekkevidde | 90 |
| 6.2.3 | Oppholdsrettens varighet..... | 92 |
| 6.2.4 | Den primære omsorgspersonens øvrige rettigheter | 93 |
| 6.3 | EØS-perspektivet og løsningen i norsk rett | 93 |
| 6.4 | Oppsummering..... | 96 |
| 7 | AVSLUTNING..... | 98 |
| 8 | KILDER..... | 102 |
| 8.1 | Konvensjoner og erklæringer..... | 102 |
| 8.2 | Direktiver, forordninger og beslutninger fra EØS-komiteen..... | 103 |
| 8.3 | Internasjonal rettspraksis..... | 105 |
| 8.3.1 | EFTA-domstolen | 105 |
| 8.3.2 | EU-domstolen..... | 105 |
| 8.3.3 | Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten..... | 108 |
| 8.3.4 | Den europeiske menneskerettsdomstolen..... | 109 |
| 8.4 | Dokumenter fra Rådet og EU-kommisjonen | 110 |
| 8.5 | Norske kilder..... | 111 |
| 8.5.1 | Lover og forskrifter | 111 |
| 8.5.2 | Forarbeider..... | 112 |
| 8.5.3 | Forvaltningspraksis..... | 113 |
| 8.5.4 | Rettspraksis..... | 113 |
| 8.6 | Utenlandske lover, forskrifter og forvaltningspraksis..... | 113 |
| 8.7 | Litteratur..... | 114 |
| 8.8 | Andre kilder | 118 |

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

EØS-avtalen gir personer rett til fri bevegelighet over landegrensene i EØS-området. Retten følger av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, og er utviklet nærmere i sekundærlovgivning og rettspraksis. Retten til fri bevegelighet gjelder for statsborgere i en EØS-stat, og innebærer en rett til å ta opphold og arbeid i en annen medlemsstat enn hjemstaten. Der en tredjelandsborger (statsborger i en stat utenfor EØS) inngår i EØS-borgerens familie, vil det forhold at EØS-borgeren ikke kan ta med seg vedkommende under opphold i andre EØS-stater hindre EØS-borgerens frie bevegelighet. EØS-retten gir derfor slike tredjelandsborgere rett til opphold, i enkelte tilfelle også i EØS-borgerens hjemstat. Temaet for avhandlingen er denne avledede retten til opphold.

Nasjonale regler om familiegjening er ofte strengere enn det som følger av EU/EØS-retten. Dette gjelder også de norske. Flere nordmenn har derfor flyttet til for eksempel grensbyer i Sverige og lever der med sine familiemedlemmer fra tredjeland. Dette er familier som har fått avslag på søknad om familiegjening i Norge, og de benytter seg av det som på folkemunne ofte kalles «EØS-løsningen».¹ Formålet med oppholdet i Sverige (eller andre EØS-stater) er for det første at familien da kan leve samlet i henhold til de mer gunstige EØS-reglene for familiegjening. For det andre kan familien, hvis den senere flytter tilbake til Norge, fortsatt være omfattet av EØS-regelverket, og på denne måten unngå de strengere norske reglene. Også i flere EU-land velger familier midlertidig flytting til andre medlemsstater for på denne måten å sette seg selv i en situasjon der EU-retten kommer til anvendelse.²

Avhandlingens tema ligger i skjæringspunktet mellom norsk utlendingsrett og EØS-rettens krav til norsk rett. Hvorvidt det er de EØS-rettslige reglene eller nasjonale innvandringsregler som skal gjelde i familiegjeningssituasjonene, avhenger blant annet av hvorvidt situasjonen anses som «rent intern» eller ikke.

1.2 Nasjonal familieinnvandringspolitikk

Innvandringsregulering er en viktig side ved statenes suverenitet, og statenes behov for å fastsette kriteriene for opphold på sitt territorium er derfor legitimt.³ Da utviklingen av norsk utlendingsrett startet tidlig på 1900-tallet, var det i prinsippet fri innvandring til Norge, med

¹ Lundgaard (2013). I avisartikkelen fremgår det at ca. 200 nordmenn har flyttet til Sverige med sine familier, og at UDI mener antallet er økende.

² Costello (2009) s. 610. Hun viser til briter som flytter til Dublin («Dublin hop»), nederlendere som flytter til Belgia («Belgian route») og flere tusen dansker som flytter til Sverige og nord i Tyskland.

³ Øyen (2013) s. 24.

visse begrensninger. Flyktingestrømmer under og etter første verdenskrig førte til økt innvandring og til økt regulering på feltet. Fremmedloven av 1927 innførte krav om oppholdstillatelse. Frem til begynnelsen av 1970-tallet hadde Norge en liberal innvandringspolitikk. Arbeidstillatelse ble i utgangspunktet innvilget alle utlendinger som skaffet seg arbeid. I 1975 ble det imidlertid innført en «innvandringsstopp».⁴ Etter at det på midten av 1970-tallet ble slutt på programmene for gjestearbeidere, ble familieinnvandring den viktigste formen for migrasjon til Vest-Europa. Denne familieinnvandringen utviklet seg fra «familiegjenforening» (når en allerede etablert familie gjenforenes i vertslandet) til «familieetablering» (når familien først dannes etter at referansepersonen har fått opphold i vertslandet). Dette skyldtes både at flere møtte sine ektefeller i utlandet som følge av økt globalisering, og at gjestearbeidernes barn ofte giftet seg med personer fra sine foreldres hjemland. Dette førte igjen til større behov for å kontrollere innvandringen.⁵

Flere stater innførte strengere regler for familieinnvandring. Særlig Danmark og Nederland var tidlig ute med dette. I Danmark er det nå blant annet inntektskrav for referansepersonen, aldersgrense på 24 år og et tilknytningskrav, hvor ektefellene må bevise en sterkere samlet tilknytning til Danmark enn til noe annet land.⁶ Denne trenden har spredt seg til flere europeiske land. Alle europeiske land har i dag et krav om minimumsinntekt. Flere land har også innført integrasjonskrav, hvor søkeren må demonstrere en viss språkkunnskap.⁷

I norsk rett stilles det blant annet krav om at referansepersonen som hovedregel skal sannsynliggjøre å være sikret en årsinntekt på minimum 251 856 NOK.⁸ Vedkommende må dokumentere denne inntekten også for foregående inntektsår.⁹ Videre er det etter norsk rett krav om felles bolig.¹⁰ Ved familieetablering er det for visse utenlandske referansepersoner et krav at vedkommende skal ha arbeidet eller vært i utdanning i Norge i minimum de siste fire årene.¹¹ Flere av disse reglene har til formål å redusere antall asylsøkere, bidra til at regelverket fungerer som insentiv til å delta i arbeidsliv eller utdanning, redusere behov for støtte fra det

⁴ Øyen (2013) s. 25-26.

⁵ Staver (2013) s. 81-82.

⁶ Staver (2013) s. 83. Danmark er ikke bundet av EUs familiegjenforeningsdirektiv 2003/86/EF, hvor det blant annet er satt en øvre aldersgrense på 21 år, jf. art. 4 nr. 5.

⁷ Staver (2013) s. 83-84.

⁸ Jf. utlendingsforskriften § 10-8 (1). Midlene skal tilsvare 88 % av lønnstrinn 19 i statens lønnsregulativ. Regjeringen har foreslått å øke inntektskravet til 88 % av lønnstrinn 24 (268 576 kr per 1. mai 2015), jf. Justisdepartementet høringsbrev 14/3814 (2014).

⁹ Jf. utlendingsforskriften § 10-9 (1).

¹⁰ Jf. utlendingsloven § 40 (3).

¹¹ Jf. utlendingsloven § 40 a. Kravet gjelder ikke for norske og nordiske referansepersoner, eller for arbeidsinnvandrere.

offentlige, samt motvirke tvangsekteskap.¹² I forbindelse med lovreformen i 2008 ble det diskutert et alderskrav på 21 år, men dette ble forkastet, da lovgiver fant at tvangsekteskap kunne bekjempes med blant annet inntektskravet i stedet.¹³ Dagens aldersgrense for familiejenforening mellom ektefeller er 18 år, men regjeringen har foreslått å heve aldersgrensen ved familieetablering til 24 år.¹⁴ Familieinnvandring for barn er som hovedregel begrenset til barn under 18 år.¹⁵

1.3 Forholdet mellom utlendingsloven og EØS-retten

1.3.1 Innledning

Reglene om familiejenforening for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere eller norske statsborgere som er omfattet av EØS-regelverket, fremgår dels av utlendingsloven (utl.) kap. 13, som gjennomfører direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet). Andre regler følger av EU-domstolens tolkning av restriksjonsforbudene som er nedfelt i traktatbestemmelsene om personers frie bevegelse. I utlendingsloven kap. 13 er de administrative prosedyrene enklere og vilkårene andre – og som regel mindre strenge – enn i utlendingslovens øvrige regler. Bestemmelsene i kap. 13 må leses på bakgrunn av de krav unionsborgerdirektivet og annen EØS-rett, presisert gjennom praksis fra henholdsvis EU- og EFTA-domstolen, stiller til innholdet i norsk rett. Disse kravene må sammenholdes med andre rettskildedefaktorer, typisk forarbeidene til de aktuelle bestemmelsene i utlendingsloven.¹⁶

Dette gjør det nødvendig dels å drøfte hvilke krav EØS-retten stiller til norsk rett og rettsanvendelse, og dels utlendingslovens regulering av betydningen av Norges folkerettslige forpliktelser ved tolkningen av utlendingsloven. Stikkordet for den første problemkretsen er «EØS-konform tolkning», og for den andre «sektormonisme».

1.3.2 EØS-konform tolkning

EØS-retten krever at norske myndigheter kontinuerlig følger utviklingen i EU-domstolen og EFTA-domstolen. Når rettspraksis avdekker behov for tilpasninger i nasjonal rett, har EØS-statene plikt til å følge opp, selv om de ikke er involvert i den aktuelle saken.¹⁷ EFTA-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler plikter å tolke nasjonal rett EØS-konformt.¹⁸ Dette ble første gang uttalt i E-4/01 *Karlsson*, og senere fulgt opp i E-1/07 *Straffesak mot A.*

¹² NOU 2011:7 s. 81.

¹³ Staver (2014) s. 6-7.

¹⁴ Justisdepartementet høringsbrev 14/3812 (2014).

¹⁵ Jf. utlendingsloven § 42.

¹⁶ Arnesen (2009) s. 66-67.

¹⁷ Fredriksen (2014) s. 283.

¹⁸ Fredriksen (2014) s. 288.

EFTA-domstolen uttalte her at nasjonale domstoler, så langt det er mulig, er forpliktet til å tolke nasjonale regler i konformitet med EØS-retten.¹⁹ Det rettslige grunnlaget for denne plikten følger av avtalens målsetning,²⁰ og lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3.²¹ Et tilnærmet likt prinsipp om EU-konform tolkning gjelder også i EU-retten.²²

Prinsippet om EØS-konform tolkning er dermed, som sin EU-rettslige parallell, først og fremst et krav om at nasjonale rettskildeprinsipper må utnyttes slik at man, der det i henhold til disse prinsippene er mulig, kommer til et resultat som er i samsvar med EØS-retten.

1.3.3 Utlendingsloven § 3 – sektormonisme

Utgangspunktet i norsk rett er at norsk rett og folkerett, herunder EØS-rett, anses som separate rettssystemer. For at EØS-retten skal kunne danne grunnlag for rettigheter og plikter for norske borgere, må det derfor finnes et særskilt grunnlag for dette i norsk rett.²³ Dette utgangspunktet er stadfestet i *Finanger I*.²⁴ På grunn av presumsjonsprinsippet blir imidlertid skillet mellom det dualistiske og monistiske systemet utvisket.²⁵ Presumsjonsprinsippet er utviklet i rettspraksis og innebærer at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser. De norske reglene skal derfor, så langt det er mulig, tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, slik at motstrid unngås. Presumsjonsprinsippet løser imidlertid ikke eventuelle motstridsspørsmål, og gir ikke den internasjonale regelen forrang dersom dette fører til at den norske regelen blir helt uten innhold.²⁶

På flere områder i norsk rett råder det imidlertid «sektormonisme». Dette dreier seg om saklig avgrensede rettsområder der det er tatt inn hel eller delvis reservasjon for den løsning Norges folkerettslige forpliktelser krever.²⁷ Utlendingsretten er et slikt rettsområde. I utl. § 3 heter det følgende:

«Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.»

¹⁹ Sak E-1/07 *Straffesak mot A*, premiss 39.

²⁰ Sak E-4/01 *Karlsson*, premiss 28.

²¹ Sak E-1/07 *Straffesak mot A*, premiss 39.

²² Fredriksen (2014) s. 288. Grunnlaget er lojalitetsplikten i TEU art. 4 nr. 3.

²³ Fredriksen (2014) s. 273.

²⁴ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1826.

²⁵ Vevstad (2010) s. 41.

²⁶ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1830-1831.

²⁷ Helgesen (1982) s. 53.

Bestemmelsen er en videreføring av tidligere utlendingslov (1988) § 4, men ordlyden er endret ved at den nå retter seg mot internasjonale regler som har til formål å styrke «individets» stilling, i stedet for tidligere ordlyd som vedrørte «utlendingens» stilling. Endringen er foretatt fordi «[m]ange av de folkerettsinstrumenter som har relevans på utlendingsrettens område, [ikke] retter seg [...] spesielt mot utlendinger».²⁸ Dette endrer imidlertid ikke ved bestemmelsens reelle innhold på annen måte enn at de nordmenn som måtte ha rettigheter etter utlendingslovens regler, nå helt klart også omfattes av folkerettsreservasjonen i utl. § 3. Et eksempel på at nordmenn kan ha rettigheter etter utlendingsloven finner vi i utl. § 110 (2) annet punktum.²⁹

Sektormonismen på utlendingsrettens område skiller seg fra forrangsbestemmelser på andre rettsområder ved at bestemmelsen ikke er en generell folkerettsreservasjon,³⁰ men gjelder de internasjonale regler Norge er bundet av som er til *individets gunst*.³¹ Det fremgår av forarbeidene til utlendingsloven at det siktes til folkerettslige regler som har som «siktemål å innrømme individet et spesielt vern eller spesielle rettigheter». Det dreier seg altså ikke om regler som for eksempel har til formål å lette administrasjonen.³² I litteraturen på utlendingsrettens område er dette blitt fremstilt slik at folkerettsklausulen først og fremst vedrører internasjonale menneskerettigheter, spesielt flyktningkonvensjonen og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).³³ Reservasjonen i utl. § 3 er imidlertid generell i den forstand at den også gjelder EØS-rettslige regler som er ment å gi individet et spesielt vern. Dette omfatter blant annet reglene om oppholdsrett i unionsborgerdirektivet.³⁴

Utlendingsloven § 3 medfører klart nok at man ved tolkning av lovens bestemmelser skal legge det tolkningsresultatet til grunn som er i samsvar med EØS-retten. Så langt fører reglen til samme resultat som presumsjonsprinsippet. Spørsmålet er imidlertid om utl. § 3 også medfører at folkeretten skal gå foran ved motstrid. Svaret på dette fremgår ikke av lovens ordlyd, men forarbeidene gir nærmere anvisning om bestemmelsens innhold:

«[D]ersom det skulle oppstå tvil ved anvendelsen av en bestemmelse, innebærer § 3 at man skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås. Interna-

²⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

²⁹ Bestemmelsen regulerer tredjelandsborgeres rett til familiegjening med en norsk statsborger som returnerer til Norge etter å ha benyttet retten til fri bevegelighet i EØS. Jeg vil komme tilbake til denne bestemmelsen under kapittel 4.

³⁰ F.eks. straffeloven § 1, straffeprosessloven § 4 og tvisteloven § 1-2.

³¹ Vevstad (2010) s. 42.

³² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 47.

³³ Øyen (2013) s. 33, Vevstad (2010) s. 42.

³⁴ Vevstad (2010) s. 632.

sjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, til *erstatning* for eller med *gjennomslagskraft* overfor lovbestemmelser som eventuelt går *i motsatt retning*. [...] Bestemmelsen i § 3 omfatter både nåværende og fremtidige internasjonale forpliktelser.»³⁵

Også forarbeidene til den tidligere utlendingsloven § 4 ga uttrykk for sektormonisme på utlendingsrettens område:

«Forslaget har til hensikt å slå fast som alminnelig regel at Norges internasjonale forpliktelser på denne lovs område skal ha *umiddelbar internrettslig virkning* hvis dette er i utlendingens favør, ellers ikke. Den formulering som er valgt, sier ikke uttrykkelig at loven skal settes til side. [...] Realiteten vil imidlertid bli at loven om nødvendig må *vike for traktatforpliktelsene*.»³⁶

Forarbeidene til dagens lov viser til sitatet over og slår fast at det «rårer [...] sektormonisme på utlendingsrettens område», og at forarbeidene forutsetter at konvensjonene skal ha forrang.³⁷ Dette innebærer at utl. § 3 gir hjemmel til å anvende loven slik at den samsvarer med gjeldende EØS-rett, selv om dette er i strid med ordlyden i loven, så fremt dette er til gunst for individet.³⁸

Utl. § 3 løser altså kollisjonstilfellene mellom norsk rett og EØS-retten. Det neste spørsmålet er om bestemmelsen også løser de tilfellene der det er «tomrom» i norsk rett. Det vil si de tilfellene der individer kan utlede rettigheter av EØS-retten, men hvor utlendingsloven ikke har en bestemmelse som regulerer dette. Spørsmålet er om utl. § 3 gir hjemmel til å anvende EØS-rettslige rettigheter der disse ikke gjenspeiles i en av utlendingslovens bestemmelser. Forarbeidene trekker i retning av at dette er mulig. EØS-retten kan anvendes «til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor» norske bestemmelser i utlendingsloven som går i motsatt retning, selv om EØS-retten ikke er gjennomført i en av utlendingslovens bestemmelser.³⁹

1.3.4 Forholdet mellom EØS-loven § 2 og utlendingsloven § 3

EØS-loven § 2 er en kollisjonsregel som innebærer at bestemmelser i lov «som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter [EØS-]avtalen» i konfliktilfeller skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder for forskrift som gjennomfører

³⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401 (min uth.).

³⁶ NOU 1983:47 s. 314 (min uth.).

³⁷ NOU 2004:20 s. 73.

³⁸ Se også Vevstad (2010) s. 632.

³⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

EØS-rett og som er i konflikt med andre forskriftsbestemmelser eller senere lov. Dette gjelder blant annet EØS-avtalens hoveddel som er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven § 1. EØS-loven § 2 har samme rang som formell lov, og det er derfor (formelt sett) ingenting i veien for at Stortinget gir en ny lov hvor det gjøres unntak fra EØS-loven § 2.

EØS-loven § 2 løser ikke situasjonen der det ikke finnes noen norske bestemmelser som gjennomfører EØS-forpliktelsene. Det er en glidende overgang mellom de tilfeller der det er snakk om å tolke en norsk bestemmelse slik at ordlyden er i overensstemmelse med EØS-retten, og der en norsk lovbestemmelse ville «være helt uten innhold»⁴⁰ dersom den skulle tolkes i samsvar med EØS-retten. Som Høyesterett påpeker i *Finanger I*, vil det å sette en norsk bestemmelse til side til fordel for ikke-gjennomførte EØS-regler «nærmest innebære at [EØS-retten] gis direkte virkning med forrang fremfor formell lov».⁴¹

Spørsmålet om EØS-forpliktelsen likevel skal få gjennomslag i et tilfelle der det ikke finnes en norsk regel som søker å gjennomføre denne, må løses ved hjelp av presumsjonsprinsippet, eller utl. § 3 dersom man befinner seg på utlendingsrettens område. Løsningen vil bero på hvorvidt folkerettsregelen er til individets gunst eller ikke. Dersom EØS-regelen er til individets gunst, og grunnen til at det ikke finnes en norsk gjennomføringsbestemmelse er lovgivers gjennomføringsevne, vil det være lite betenkelig å gi EØS-retten gjennomslag. Her har lovgivers hensikt vært å gjennomføre. Dersom lovgiver imidlertid ikke har hatt *vilje* til å gjennomføre EØS-retten, vil ikke EØS-retten kunne gis forrang.⁴²

Innenfor rammene av denne avhandlingens tema er det vanskelig å se for seg at de løsninger som følger av utl. § 3 vil bli annerledes enn de som følger av EØS-loven § 2. Det er imidlertid forskjeller mellom de to bestemmelsene. EØS-loven § 2 gir gjennomslag for norske regler som gjennomfører EØS-regler, uavhengig av om det er til individets gunst eller ikke. Utlendingsloven § 3 innebærer at utlendingslovens regler skal anvendes i samsvar med folkeretten når det er til individets gunst. EØS-loven § 2 kan altså bare brukes der det finnes en norsk gjennomføringsbestemmelse, mens utl. § 3 gir EØS-retten gjennomslag overfor norske bestemmelser også der EØS-retten ikke er gjennomført. Utlendingsloven kap. 13 dekker begge situasjoner: Bestemmelsene i kap. 13 gjennomfører EØS-rett, og skal gå foran andre norske bestemmelser ved motstrid, jf. EØS-loven § 2. Samtidig er dette bestemmelser som i henhold til utl. § 3 skal anvendes i samsvar med EØS-retten. Dersom det foreligger EØS-rettslige forpliktelser som *ikke* er gjennomført i utlendingsloven, og som er til individets gunst, vil disse gå foran utlendingslovens øvrige regler ved motstrid, jf. utl. § 3.

⁴⁰ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1830.

⁴¹ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1831.

⁴² Sejersted (2011), s. 271.

1.4 Materialet

1.4.1 Innledning

De EØS-rettslige reglene om familiegjennforening følger som nevnt av unionsborgerdirektivet, som er gjennomført i utlendingsloven kap. 13, samt av EU-domstolens tolkning av reglene om fri bevegelse for personer. Så vel EU-domstolens praksis som den EU-rettslige litteraturen på området er omfattende.

EFTA-domstolen har så langt ikke behandlet spørsmål om familiegjennforening med tredjelandborgere. Det er heller ikke skrevet mye om den EØS-rettslige synsvinkelen på dette,⁴³ og norsk litteratur på utlendingsrettens område dreier seg i begrenset grad om disse spørsmålene.

Et resultat av dette er at dommer fra EU-domstolen og EU-rettslig litteratur vil stå sentralt i analysene, både der siktemålet er å fastlegge innholdet av reglene i unionsborgerdirektivet, herunder reglene i utlendingsloven kap. 13, og der formålet er å identifisere de domstolskapede reglene på området. En utfordring i denne sammenhengen har vært å vurdere hvilke deler av materialet som kan og skal anvendes i en EØS-rettslig sammenheng. Denne problemstillingen vil bli nærmere behandlet i kapittel 2.

Før vi går i gang med selve drøftelsene, er det nødvendig med en kort omtale av de mest sentrale rettskildene som anvendes i avhandlingen, og særlige metodiske spørsmål knyttet til disse.

1.4.2 Unionsborgerdirektivet – Direktiv 2004/38/EF

Traktatbestemmelsene og EØS-avtalens regler om fri bevegelse for personer gjelder med de begrensninger og på de betingelser som blant annet følger av unionsborgerdirektivet. Direktivet er vedtatt med henblikk på å «forenkle og styrke» retten til fri bevegelse og opphold, og for å komme bort fra «den sektorvise og oppstykkede» tilnærmingen til reglene som fantes på området.⁴⁴ Direktivet erstatter derfor en rekke rettsakter som hver især regulerte ulike persongrupper,⁴⁵ og det endrer forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbeidskraftens frie

⁴³ I slutfasen av arbeidet med avhandlingen er det publisert en artikkel av Fredriksen og Franklin som på et mer generelt grunnlag blant annet tar for seg EØS-rettens manglende parallell til unionsborgerskapet, og den komplekse rettslige situasjonen dette medfører, se Fredriksen og Franklin (2015). Jeg har ikke hatt anledning til å gå i dybden på det som fremgår av artikkelen eller i nevneverdig grad trekke den inn i avhandlingen.

⁴⁴ Jf. unionsborgerdirektivets forale punkt 3 og 4.

⁴⁵ Direktivene 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF, 93/96/EØF.

bevegelighet.⁴⁶ Unionsborgerdirektivet kodifiserer også deler av EU-domstolens praksis vedrørende disse tidligere rettsaktene og reglene om fri bevegelighet for personer.⁴⁷

Unionsborgerdirektivet gjelder EØS-statsborgere som benytter retten til fri bevegelighet i EU/EØS.⁴⁸ Direktivet fastsetter vilkår for og begrensninger i retten til fri bevegelighet og fritt opphold for statsborgere i en EØS-stat og deres familiemedlemmer, jf. art. 1 litra a og c. «Berettigede personer» er EØS-statsborgere som flytter til eller oppholder seg i «en annen medlemsstat» enn den vedkommende er statsborger i, samt de familiemedlemmer som «kommer sammen med eller slutter seg til» EØS-borgeren, jf. art. 3 nr. 1.

Det er de alminnelige bestemmelsene i direktivets kapittel I, bestemmelsene om midlertidig og fast oppholdsrett i kapittel III og IV, samt sluttbestemmelsene i kapittel VII som er særlig interessante for avhandlingen. Da det er selve *retten* til opphold som er avhandlingens tema, vil reglene om rettigheter *under* oppholdet, herunder tredjelandsborgerens rett til å ta arbeid, jf. art. 23 og rett til likebehandling, jf. art. 24 i kapittel V, kun bli behandlet i begrenset omfang. Kapittel II om rett til ut- og innreise berører ikke i nevneverdig grad retten til *opphold* i andre stater. Kapittel VI vedrører begrensningene i retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelse. Disse reglene ble nylig behandlet av Møse, slik at det er liten grunn til å underkaste disse en ny behandling nå.⁴⁹ Jeg vil heller ikke berøre de administrative formalitetene vedrørende registrering og oppholdskort i art. 8-11 og art. 19-20.

Medlemsstatene kan i henhold til unionsborgerdirektivet art. 35 nekte, oppheve eller tilbakekalle oppholdsrett dersom det er snakk om misbruk av rettigheter, eller svik, herunder proformaekteskap. I de situasjonene jeg behandler i avhandlingen forutsetter jeg at familierelasjonene er reelle. Det vil si at jeg holder vurderinger av proformaekteskap og andre tilfeller av svik utenfor. Det er de genuine situasjonene som drøftes. I avslutningskapittelet vil jeg imidlertid kort belyse forholdet mellom misbruk av EØS-retten og omgåelse av nasjonale regler.

⁴⁶ Forordning (EU) nr. 492/2011 kodifiserer den tidligere forordningen om arbeidskraftens frie bevegelighet, og her er særlig art. 10 om rettighetene til arbeidstakerens familie relevant (tidligere art. 12).

⁴⁷ Vevstad (2010) s. 628.

⁴⁸ I EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 fremgår det at unionsborgerskapet ikke inngår i EØS-avtalen, og at «betegnelsen 'unionsborger(e)' erstattes med betegnelsen 'statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene'», jf. art. 1 nr. 1 litra c. For enkelthets skyld vil jeg bruke betegnelsen EØS-borgere/EØS-statsborgere. Betegnelsen «unionsborgere» vil benyttes der det er hensiktsmessig å skille mellom EU-statsborgere på den ene siden og EFTA-statsborgere på den andre.

⁴⁹ Møse (2014).

1.4.3 EØS-komiteens beslutning og avtalepartenes felleserklæring

EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen inneholder uttalelser om hvordan visse begrep i direktivet skal forstås i en EØS-sammenheng.⁵⁰ I forbindelse med EØS-komiteens beslutning ble det også avgitt en felleserklæring fra avtalepartene. Denne felleserklæringen gir uttrykk for partenes forståelse om hva de forpliktet seg til, og er en relevant kilde for å fastlegge direktivbestemmelsenes EØS-rettslige innhold.

1.4.4 Rettsaktenes fortale

Rettsakter i EU/EØS skal tolkes i lys av formålet og den konteksten de opererer i. Fortalen til rettsakter i EU/EØS er en del av denne konteksten og gir uttrykk for de underliggende formålene. Fortalen er ikke rettslig bindende, men EU-domstolen trekker den ofte inn ved tolkningen.⁵¹ I EØS-avtalens protokoll 1 punkt 1 er det slått fast at i en EØS-kontekst er fortalene «relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse» av rettsaktenes bestemmelser innenfor EØS-avtalens rammer. I dette ligger det at der fortalene gir uttrykk for målsetninger som ikke er forenelige med EØS-avtalens målsetninger, vil ikke fortalen være en relevant tolkningsfaktor av bestemmelsene i rettsakten.⁵² Unionsborgerdirektivets fortale gir blant annet anvisning på at alle unionsborgere har en «grunnleggende og individuell rett» til fri bevegelighet og at unionsborgerskapet bør være en «grunnleggende status» for statsborgere i medlemsstatene når de utøver denne friheten.⁵³ Dette er eksempler på uttalelser i fortalen som ikke har en selvstendig betydning ved tolkningen av bestemmelser i unionsborgerdirektivet i en EØS-kontekst.

1.4.5 Forarbeider i EU/EØS-retten

Forarbeidene til EØS-avtalens hoveddel tillegges liten betydning ved tolkningen av bestemmelsene der.⁵⁴ Forarbeidene til traktatene i EU har tradisjonelt sett ikke hatt noen rettskildemessig betydning. Dette skyldes at disse i stor grad består av ikke offentliggjorte forhandlingsdokumenter.⁵⁵ Forarbeidene til direktiver og forordninger anvendes ikke i like stor grad og har ikke like stor betydning som forarbeider i norsk rett.⁵⁶ Slike forarbeider har likevel fått økt betydning i EU-domstolens praksis.⁵⁷ Et eksempel på dette er C-477/13 hvor EU-domstolen trekker inn forarbeidene til direktiv 2005/36/EF (yrkeskvalifikasjonsdirektivet) til

⁵⁰ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

⁵¹ Fredriksen (2014) s. 228.

⁵² Sejersted (2011) s. 230.

⁵³ Jf. fortalen punkt 1 og 3.

⁵⁴ Sejersted (2011) s. 233.

⁵⁵ Sørensen (2014) s. 109.

⁵⁶ Sejersted (2011) s. 234.

⁵⁷ Arnesen (2009) s. 33.

støtte for tolkningen av en bestemmelse i dette. Domstolen avviser her et tolkningsalternativ under henvisning til at denne tolkningen ville medføre at bestemmelsen ble gitt et innhold som var foreslått av Kommissjonen, men senere forkastet på bakgrunn av Rådets felles holdning.⁵⁸ I avhandlingen vil jeg gi eksempler på at bestemte tolkninger av EØS-retten er utelukket på bakgrunn av unionsborgerdirektivets tilblivelsehistorie.

1.4.6 EU-domstolens praksis

EU-domstolens praksis er viktig ved fastleggelsen av innholdet i direktiver og forordninger, så vel i EU-sammenheng som i EØS-sammenheng.⁵⁹ Dommene som vedrører avhandlingens tema, er såkalte prejudisielle avgjørelser der det svares på spørsmål nasjonale domstoler har stilt om hvordan den aktuelle EU-retten er å forstå. Slike avgjørelser bidrar til å sikre ensartet tolkning av EU-rettslige bestemmelser.⁶⁰ EU-domstolens praksis om de rettsaktene som unionsborgerdirektivet erstatter eller endrer, er relevant for forståelsen av bestemmelsene i dette. EU-domstolen har funnet at unionsborgere ikke har færre rettigheter etter unionsborgerdirektivet enn de hadde etter de rettsaktene det endrer eller opphever.⁶¹ EU-domstolens praksis knyttet til bestemmelsene i unionsborgerdirektivet og forløperne til dette, illustrerer godt domstolens tendens til å tolke forordninger og direktiver i lys av den grunnleggende retten til fri bevegelse for personer. Bestemmelsene i unionsborgerdirektivet skal ifølge EU-domstolen ikke tolkes restriktivt og skal ikke fratras sin effektive virkning.⁶²

Flere av reglene jeg drøfter i avhandlingen, er et resultat av EU-domstolens tolkning av traktatbestemmelser om fri bevegelse for personer. Retten til familiegjenforening følger da av at statene ikke kan innføre tiltak som begrenser retten til fri bevegelse. Det er en rekke unntak fra dette forbudet, slik at hindringen vil være lovlig der den er begrunnet i legitime hensyn, og er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.⁶³ Disse unntakene vil imidlertid ikke bli nærmere behandlet i avhandlingen.

1.4.7 Generaladvokatuttalelser

Generaladvokatens forslag til avgjørelse er en kilde til å forstå praksis fra EU-domstolen. Ofte er uttalelsene grundigere utformet enn dommene, og med mer detaljerte redegjørelser for sakens faktum. Der EU-domstolen viser til generaladvokatens uttalelse og slutter seg til denne,

⁵⁸ Sag C-477/13, premiss 33. Se også sag C-628/13, premiss 37 hvor EU-domstolen anvender forarbeider på tilsvarende måte.

⁵⁹ Fredriksen (2014) s. 238.

⁶⁰ Sørensen (2014) s. 226.

⁶¹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 59.

⁶² Se for eksempel sag C-127/08 *Metock*, premiss 84 og sag C-244/13 *Ogieriakhi*, premiss 40.

⁶³ Fredriksen (2014) s. 88.

kan generaladvokatens innstilling være nyttig som bakgrunnsinformasjon om domstolens antatte argumenter. Uttalelsene er imidlertid ikke en selvstendig rettskilde.⁶⁴ I de sakene der generaladvokatens forslag skiller seg fra dommen, vil jeg anvende uttalelsene både for å fastslå hva som *ikke* er riktig forståelse av EU/EØS-retten, men også som støtteargumenter der jeg er kritisk til dommens resultat. I de sistnevnte tilfellene minner dette mer om bruken av juridisk teori. Generaladvokatuttalelser kan også være en god kilde til forståelsen av utviklingen i EU-domstolens praksis over tid, da de ofte gir en grundig redegjørelse for denne utviklingen.⁶⁵

1.4.8 Særlige spørsmål om språk

Utgangspunktet for tolkningen av EU/EØS-rettslige bestemmelser er en naturlig forståelse av ordlyden. Dette utgangspunktet kompliseres ved at EU har 24 offisielle språk. Traktatene er autentiske på alle disse språkene, jf. art. 55 nr. 1 TEU og art. 358 TEUF. Med enkelte unntak gjelder dette også for sekundærretten.⁶⁶ EØS-avtalens hoveddel har samme gyldighet på alle EUs språk, samt norsk og islandsk. Det samme gjelder for direktiver og forordninger som er tatt inn i vedleggene til avtalen. Når norsk versjon av disse er publisert i EØS-tillegget til EU-tidende, får den samme gyldighet som de øvrige språkversjonene, jf. EØS-avtalen art. 129 nr. 1. Av hensyn til den språklige sammenhengen vil jeg sitere bestemmelser i EØS-avtalen og unionsborgerdirektivet på norsk. Traktatbestemmelser siteres på dansk. Språkversjonene kan variere. Da alle har samme gyldighet er det slik at regelens innhold ikke kan fastlegges uten å sammenholde disse. Der språkversjonene ikke er sammenfallende, må bestemmelsens innhold fastlegges på bakgrunn av formålet med og sammenhengen i det regelverket bestemmelsen inngår i.⁶⁷ Dette er nødvendig ut fra grunnforutsetningen om ensartet fortolkning.⁶⁸

EU-dommer og generaladvokatuttalelser foreligger også på opptil 24 språk. I motsetning til rettsakter, er det imidlertid slik at det kun er prosessspråket i den enkelte sak som er den autentiske versjonen av dommen.⁶⁹ De andre språkversjonene er oversettelser utarbeidet i EU-domstolen.⁷⁰ Fransk er EU-domstolens arbeidsspråk og dermed den språkversjonen som i størst grad gir uttrykk for domstolens rettsoppfatning.⁷¹ Av språkhensyn benytter jeg meg også her av de danske versjonene. Ved språklige uoverensstemmelser er det god grunn til å

⁶⁴ Fredriksen (2014) s. 245-246.

⁶⁵ Se særlig generaladvokat i sag C-456/12 og C-457/12.

⁶⁶ Fredriksen (2014) s. 219.

⁶⁷ Arnesen (2015) avsnitt 3.1

⁶⁸ Fredriksen (2014) s. 220.

⁶⁹ Jf. Domstolens procesreglement art. 41.

⁷⁰ Arnesen (2015), avsnitt 4.

⁷¹ Fredriksen (2014) s. 242-243.

anta at dersom den franske versjonen samsvarer med versjonen på prosessspråket, vil dette gi uttrykk for en riktig forståelse.

Der EFTA-domstolens avgjørelser er oversatt til norsk, siterer jeg denne versjonen, ellers vil det siteres på engelsk.

1.4.9 Norsk rett og praksis

Utlendingsloven kap. 13 med tilhørende forskrift gjennomfører unionsborgerdirektivet. Det foreligger egne forarbeider i forbindelse med gjennomføringen som jeg anvender ved tolkingen av reglene.⁷² Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett som direkte berører avhandlingens tema, og det er heller ikke publisert noen slike avgjørelser fra lavere rettsinstanser. Utlendingsnemndas database over praksis inneholder heller ikke saker om familiegjennforening etter EØS-regelverket.⁷³ Jeg har ikke hatt tilgang til praksis fra Utlendingsdirektoratet (UDI) på området. Det foreligger imidlertid ulike rundskriv vedrørende de aktuelle reglene, og disse bruker jeg som grunnlag for antakelser om dagens norske praksis.⁷⁴

1.4.10 Mulig traktatbruddsak mot Norge

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) sendte 18. desember 2014 et åpningsbrev til Norge vedrørende gjennomføringen av de EØS-rettslige forpliktelsene hva angår familiegjennforening. Det fremgår av åpningsbrevet at ESA etter å ha mottatt flere klager, har gjennomgått loven, utlendingsforskriften og Norges praksis på området, og funnet grunn til å påpeke en rekke forhold. Et slikt åpningsbrev er første skritt i en søksmålsprosedyre.⁷⁵ Forut for brevet har det vært uformell kontakt mellom ESA og norske myndigheter med brevutvekslinger og møter.⁷⁶ Norge har sendt et svar til ESA der punktene i ESAs åpningsbrev blir imøtegått.⁷⁷ Det gjenstår å se om ESA og Norge kommer frem til en løsning etter dette, eller om prosedyren går videre med en grunnlagt uttalelse fra ESA, jf. ODA-avtalen art. 31 nr. 1, og eventuelt ender i en stevning for EFTA-domstolen, jf. art. 31 nr. 2. Et resultat av denne særlige søksmålsprosedyren i ODA-avtalen (som er kopiert fra EU-systemet) er imidlertid at tvister ofte løses uten domstolsbehandling.⁷⁸ Som jeg vil vise i avhandlingen, har norske myndigheter vist vilje til å gjennomføre noen endringer i norsk regelverk og praksis. Noen av ESAs punkter, samt Norges svar i forbindelse med dette, vil bli kommentert der det er relevant. ESAs uttalelser i

⁷² Ot.prp nr. 72 (2007-2008) og Innst. O. nr. 33 (2008-2009).

⁷³ Sist sjekket 29. mai 2015.

⁷⁴ AI-1/2014, RS 2010-025 og RS 2011-035.

⁷⁵ Sejersted (2011) s. 150.

⁷⁶ Store deler av denne kommunikasjonen er offentlig tilgjengelig på ESAs hjemmesider.

⁷⁷ Arbeids- og sosialdepartementet (2015).

⁷⁸ Sejersted (2011) s. 151.

søksmålsprosedyren er knapt noen egentlig rettskilde. ESAs åpningsbrev gir ikke uttrykk for gjeldende EØS-rett, men kan best anses som uttalelser fra en kvalifisert part om hvordan EØS-retten er å forstå.

1.5 Øvrige avgrensninger

Denne avhandlingen dreier seg om *tredjelandsborgeres* oppholdsrett. Reglene om familiemedlemmers oppholdsrett omfatter også familiemedlemmer som selv er EØS-statsborgere. Da EØS-borgere stort sett har en selvstendig oppholdsrett, qua deres status som EØS-borger, er det imidlertid tredjelandsborgeres *avledede* oppholdsrett jeg finner mest interessant.

Det fremgår av EØS-komiteens felleserklæring i forbindelse med innlemmelsen av unionsborgerdirektivet at

«[b]osettingsrettigheter for tredjelandsborgere faller utenfor avtalens anvendelsesområde, med unntak av rettigheter som gis gjennom direktivet til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-statsborger som utøver sin rett til fri bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelighet for EØS-statsborgere».⁷⁹

Avhandlingen konsentrerer seg om oppholdsrett for tredjelandsborgere som følge av at disse, som familiemedlemmer av en EU/EØS-borger, har en avledet oppholdsrett når EU/EØS-borgeren benytter retten til fri bevegelighet. Jeg avgrenser derfor mot EU-regler som regulerer tredjelandsborgeres oppholdsrett på andre grunnlag, herunder direktiv 2003/109/EF om tredjelandsstatsborgeres status som fastboende utlending,⁸⁰ og direktiv 2003/86/EF om rett til familiegjenforening med tredjelandsborgere. Denne avgrensningen er også naturlig da disse direktivene ikke er tatt inn i EØS-avtalen.⁸¹ Jeg avgrenser også mot tredjelandsborgere som er arbeidstakere i et foretak etablert i et EØS-land, og som derfor er omfattet av utl. kap. 13 når de skal utføre oppdrag for dette foretaket i Norge, jf. utl. § 110 (4). De sistnevntes oppholdsrett i Norge har ikke grunnlag i *familiegjenforening*.

Schengen-samarbeidet holdes også utenfor avhandlingen. Schengen-avtalen er en separat avtale med de øvrige Schengen-landene, og dermed ikke en del av EØS-avtalen. Schengen-

⁷⁹ Felleserklæring fra avtalepartene i forbindelse med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

⁸⁰ Direktivet gir på visse betingelser fastboende tredjelandsborgere rett til å oppholde seg på andre medlemsstaters område, jf. art. 14.

⁸¹ Selv om direktiv 2003/86/EF ikke er bindende for Norge, har direktivet likevel hatt betydning for utviklingen av norsk rett, da den norske lovgiveren har ønsket å harmonisere familieinnvandringsreglene i utl. kap. 6 med andre europeiske land, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 183.

samarbeidet går i hovedsak ut på avskaffelse av intern grensekontroll og styrking av Schengen-landenes ytre grenser.⁸² I dette henseende er Schengen-samarbeidet knyttet opp mot retten til fri bevegelighet og unionsborgerdirektivets bestemmelser om rett til ut- og innreise i art. 4 og 5. Avhandlingen fokuserer imidlertid på retten til opphold, og en avgrensning mot Schengen er derfor naturlig.

Endelig følger det av utl. § 5 (2) at nordiske borgere er fritatt fra kravet om oppholds- eller arbeidstillatelse. Bestemmelsen gjennomfører en protokoll til en overenskomst om felles nordisk arbeidsmarked.⁸³ Etter innføringen av utlendingsloven kap. 13, hvor alle EØS-borgere er fritatt fra et særskilt krav om tillatelse til opphold eller arbeid, har ikke bestemmelsen nevneverdig praktisk betydning. For de tilfeller der en nordisk borger ikke oppfyller vilkårene for oppholdsrett i utl. kap. 13, vil likevel utl. § 5 (2) gi vedkommende en gunstigere rettsstilling. Bestemmelsen gir imidlertid ikke bedre rettigheter med hensyn til familiegjening enn det som følger av kap. 13.

Det følger av avhandlingens orientering mot en særskilt gruppe tredjelandsborgere – de som har en familietilknytning til en EU/EØS-statsborger som benytter retten til fri bevegelighet – at jeg ikke behandler retten til familieinnvandring i sin alminnelighet. Avhandlingen er ikke ment å være en sammenlikning mellom utlendingslovens øvrige regler om familieinnvandring og de EØS-rettslige reglene. Jeg vil derfor ikke i nevneverdig grad analysere utlendingslovens øvrige regler eller Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) praksis vedrørende EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. Jeg vil imidlertid trekke inn relevante bestemmelser og praksis der det er naturlig for å poengtere EØS-reglens forskjell fra utlendingslovens øvrige system.

1.6 Den videre fremstillingen

De EØS-rettslige reglene om familiegjening bygger på unionsborgerdirektivet slik det er tolket av EU-domstolen, og på EU-domstolens tolkninger av restriksjonsforbudene i TEUF vedrørende fri bevegelighet for personer. Ved tolkningen av bestemmelsene, har EU-domstolen i mange tilfeller trukket atskillige veksler på unionsborgerskapet. Unionsborgerskapet har ikke en parallell i EØS. Jeg vil derfor i kapittel 2 ta for meg *unionsborgerskapets EØS-rettslige betydning*, herunder rekkevidden av homogenitetsprinsippet. Dette vil danne et utgangspunkt for videre drøftelser i de avsnittene der jeg behandler konkrete regler.

⁸² Guild (2014) s. 93.

⁸³ Protokoll om fritagelse for statsborgere i Norge, Danmark, Finland og Sverige for å inneha pass og oppholdstillatelse under opphold i annet nordisk land enn hjemlandet (1954).

I fremstillingen videre er systematikken slik at jeg tar for meg ulike situasjoner hvor retten til fri bevegelse for personer benyttes, og hvordan tredjelandsborgeres avledede oppholdsrett da reguleres. Kapittel 3, *vertstatsperspektivet*, behandler reglene i utlendingsloven kap. 13 om tredjelandsborgeres rett til familiegjening med en EØS-borger som tar opphold i Norge. Et viktig spørsmål her er også om de norske reglene gjennomfører unionsborgerdirektivet korrekt.

Kapittel 4, *hjemkomstproblematikken*, behandler tredjelandsborgeres rett til familiegjening i situasjoner der en norsk borger har hatt opphold i en annen EØS-stat og deretter vender tilbake til Norge. I kapittel 5, *pendlersituasjonen*, vil jeg drøfte om EØS-retten kan gi rett til familiegjening når en norsk borger med familiemedlemmer fra tredjeland er bosatt i Norge og benytter retten til fri bevegelse ved å pendle til andre medlemsstater. Den siste situasjonen, som behandles i kapittel 6, vedrører *omsorgspersoners oppholdsrett* når de sammen med en mindreårig EØS-borger tar opphold i en annen medlemsstat enn der den mindreårige er statsborger.

Felles for disse siste tre situasjonene (kap. 4, 5 og 6), er at en eventuell avledet oppholdsrett ikke følger av unionsborgerdirektivet, men av retten til fri bevegelse slik denne følger av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel og/eller TEUF. Homogenitetsmålsetningen står sentralt i vurderingen av disse domstolskapte reglenes overførbarhet til EØS. Når det gjelder den norske gjennomføringen, er det særlig EØS-loven § 2, presumsjonsprinsippet og utlendingsloven § 3 som står sentralt. Begge disse perspektivene vil bli behandlet fortløpende i konkrete vurderinger under hvert av kapitlene.

I kapittel 7 rundes avhandlingen av, og jeg vil der peke på noen problemstillinger som er gjennomgående for alle de ulike situasjonene, særlig spørsmålet om omgåelse av nasjonale regler utgjør misbruk av EU/EØS-retten.

Under følger et skjema som viser en oversikt over avhandlingens hoveddel.

| | Direktiv 2004/38/EF Unionsborger- direktivet | Utenfor direktivets anvendelsesområde | | |
|---------------|---|---|--|--|
| | Kapittel 3 <i>Vertsstats- perspektivet</i> | Kapittel 4 <i>Hjemkomst- problematikken</i> | Kapittel 5 <i>Pendler- situasjonen</i> | Kapittel 6 <i>Omsorgspersoners oppholdsrett</i> |
| EU | Direktiv 2004/38/EF | Restriksjons- vurdering TEUF art. 21, 45 og 49 | Restriksjons- vurdering TEUF art. 45 og 56 | Restriksjons- vurdering TEUF art. 21 |
| EØS | Direktiv 2004/38/EF | Restriksjons- vurdering EØS-avtalen art. 28, 31 og 36 og EØS-spesifikk les- ning av direktiv 2004/38/EF art. 7 nr. 1 litra b | Restriksjons- vurdering EØS-avtalen art. 28 og 36 | Ingen parallell |
| Norsk rett | Utl. kap. 13 | Utl. § 110 (2) 2. pkt. (kap. 13) | Ingen særskilt bestemmelse | Ingen bestemmelse |

2 Unionsborgerskapets EØS-rettslige betydning

2.1 Innledning

Det vil hindre bevegelse dersom EØS-borgeren ikke har anledning til å ha sin familie med seg. Forbudene mot restriksjoner på fri bevegelse for personer er derfor blitt utlagt slik at de også rammer hindringer for familiegjenforening. Den EU/EØS-rettslige retten til familiegjenforening er med andre ord begrunnet i hensynet til en effektivisering av retten til fri bevegelse for personer.

Retten til fri bevegelse i EU har opprinnelig vært knyttet opp mot styrking og effektivisering av det indre marked. Personer ble sett på som produksjonsfaktorer og økonomiske aktører.⁸⁴ Fri bevegelse for personer gjaldt for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere og -mottakere. Fri bevegelse for disse skulle bidra til økonomisk vekst. Denne tilnærmingen gjenspeiles i EØS-avtalens regler om fri bevegelse for personer. Hovedformålet med EØS-avtalen er å styrke handel og økonomiske forbindelser mellom EFTA-statene og EU.⁸⁵

Etter at EØS-avtalen ble undertegnet, har imidlertid EU-retten utviklet seg i en mer sosial og mindre kommersiell retning.⁸⁶ På 1990-tallet ble retten til fri bevegelse utvidet til også å gjelde borgere som ikke var økonomisk aktive. Innføringen av unionsborgerskapet ved Maastrichttraktaten endret perspektivet fra å se migranter som økonomiske aktører til å se det slik at fri bevegelse for personer er en generell rett som tilfaller alle unionens borgere i egenskap av individer.⁸⁷ Ønsket om å skape et «Europe for Citizens» eller et «People's Europe» strekker seg tilbake til tidlig 1970-tall,⁸⁸ og har grunnlag i et ønske om en tettere integrasjon borgerne imellom og mellom borgerne og unionen. Unionsborgerskapets formål er å skape en grunnleggende status for EUs statsborgere.⁸⁹ Denne statusen kommer i tillegg til, og erstatter derfor ikke, statsborgerskap, jf. art. 20 nr. 1 TEUF. Enhver som er statsborger i en av EUs medlemsstater er unionsborger. Alene i egenskap av å være unionsborger er vedkommende dermed omfattet av art. 21. nr. 1 TEUF som lyder:

⁸⁴ Barnard (2013) s. 230.

⁸⁵ EØS-avtalen art. 1 nr. 1.

⁸⁶ Rossi dal Pozzo (2013) s. 53, Neergaard og Nielsen (2013) s. 171.

⁸⁷ Reglene om unionsborgerskapet følger i dag av art. 20 flg. TEUF. Bestemmelsene innebærer også visse politiske og konsulære rettigheter, jf. art. 22-23 TEUF, som ikke vil bli nærmere behandlet i avhandlingen.

⁸⁸ Barnard (2013) s. 432.

⁸⁹ Sag C-184/99 *Grzelczyk*, premiss 31, sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 82.

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

Dette gjelder uavhengig av alder og økonomisk aktivitet.⁹⁰ I C-413/99 *Baumbast* ble det slått fast at reglene om unionsborgerskapet har direkte virkning.⁹¹

EU-domstolen har medvirket til utviklingen av innholdet i reglene om unionsborgerskapet og dets betydning i spørsmål om familiegjenforening. Tryfonidou har påpekt hvordan EU-domstolen har gått fra en moderat til en mer liberal tilnærming til spørsmålene om familiegjenforening.⁹² EU-domstolens praksis på familiegjenforeningsområdet er etter hvert omfattende, og gjennomsyres av reglene om unionsborgerskapet. Dette kommer dels til uttrykk ved at art. 21 TEUF har vært benyttet som selvstendig rettslig grunnlag for familiemedlemmers avledede oppholdsrett, og dels ved at direktivbestemmelser har vært tolket utvidende i lys av unionsborgerskapet.

Reglene om unionsborgerskapet har ingen parallell i EØS-avtalen, og EØS-avtalens hoveddel gir etter sin ordlyd ikke EØS-borgere en grunnleggende rett til å «færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område», slik unionsborgere har etter art. 21 nr. 1 TEUF. EØS-avtalens hoveddel sikrer som nevnt bare bevegelsesfrihet for økonomiske aktører (art. 28, 31 og 36). Dermed kan det oppstå tvil om hvordan EØS-reglene om familiegjenforening er å forstå i saker som dreier seg om fri bevegelighet for EØS-statsborgere som ikke har vært økonomisk aktive.

2.2 Betydningen av unionsborgerdirektivets innlemmelse i EØS-avtalen

Selv om reglene om unionsborgerskapet ikke gjelder tilsvarende i EØS, er unionsborgerdirektivet gjort til en del av EØS-avtalen. I avtalepartenes felleserklæring ved innlemmelsen av direktivet i EØS-avtalen fremgår blant annet følgende:

«Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten (nå EF-traktatens artikkel 17ff) har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS-avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis i EF-domstolen basert på begrepet unionsborger-

⁹⁰ Se f.eks. sag C-200/02 *Chen* om en baby som ble ansett å være omfattet av retten til fri bevegelighet. Saken vil bli omtalt i avsnitt 6.2.1.

⁹¹ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 84.

⁹² Tryfonidou (2009) s. 646-647.

skap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.»⁹³

Fredriksen forstår det slik at avtalepartenes hensikt med felleserklæringen var å sikre at innlemmelsen av direktivet ikke skulle «skape presedens for fremtidige rettsakter knyttet til unionsborgerskapet», men at avtalepartene sannsynligvis ønsket at direktivet skulle tolkes likt i EU og EØS.⁹⁴ Dette er jeg enig i.

Direktivet er tatt inn i EØS-avtalens vedlegg VIII om etableringsrett og vedlegg V om fri bevegelse for arbeidstakere. Rennuy og van Elsuwege har omtalt dette som en delvis integrering av direktivet, slik at rettighetene til arbeidstakere ivaretas, samtidig som begrensningene i avtalen opprettholdes.⁹⁵ De uttaler at EU-borgere som ikke er økonomisk aktive, ikke har noen generell rett til å reise til og oppholde seg i en EFTA-stat. Og motsatt; at ikke-økonomisk aktive EFTA-statsborgere står uten rett til fri bevegelse i EU.⁹⁶ Etter min mening har Rennuy og van Elsuwege lagt for stor betydning i at unionsborgerdirektivet er innlemmet i vedleggene om etableringsrett og arbeidskraftens frie bevegelse. Plasseringen i vedleggene kan ikke i seg selv begrense direktivets bestemmelser om oppholdsrett for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive og deres familiemedlemmer. Direktivet er inntatt i EØS-avtalen uten at det er gjort unntak for de særlige reglene som gjelder retten til opphold for denne persongruppen. Jeg er enig i uttalelsen om at EU-borgere ikke har noen *generell* rett til fri bevegelse i EFTA-statene og omvendt. De har imidlertid direktivbestemte rettigheter som gjør at de på nærmere bestemte vilkår kan reise til og ta opphold i hele EØS-området.⁹⁷

Denne forståelsen er i tråd med den EFTA-domstolen har lagt til grunn av de direktivbestemte rettighetene EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive har.⁹⁸ Slik jeg forstår avtalepartenes uttalelse, er direktivet inntatt med forbehold for den EU-domstolspraksisen som utelukkende bygger på rettigheter etter unionsborgerskapet. Rettigheter for EØS-statsborgere som uttrykkelig følger av unionsborgerdirektivet, må gjelde fullt ut slik de står, også der det dreier seg om personer som ikke er økonomisk aktive. Som påpekt av EFTA-domstolen støttes dette av at direktivene om oppholdsrett for personer som ikke er økonomisk aktive (90/364/EØF,⁹⁹

⁹³ Felleserklæring fra avtalepartene i forbindelse med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

⁹⁴ Fredriksen (2013) s. 382.

⁹⁵ Rennuy og van Elsuwege (2014) s. 949.

⁹⁶ Rennuy og van Elsuwege (2014) s. 953.

⁹⁷ Se nærmere om disse reglene i kapittel 3.

⁹⁸ Se sak E-4/11 *Clauder* og sak E-26/13 *Gunnarsson*. Jeg vil komme nærmere inn på denne problemstillingen under avsnitt 4.2.3.2.

⁹⁹ Om oppholdsrett.

90/365/EØF¹⁰⁰ og 90/366/EØF¹⁰¹) og som unionsborgerdirektivet erstatter, også var en del av EØS-avtalen.¹⁰²

2.3 Rekkevidden av homogenitetsprinsippet

De traktatbestemmelsene som gjenspeiles i EØS-avtalen, samt rettsakter som er tatt inn i EØS-avtalen, skal tolkes og anvendes likt i EU og EØS. Dette følger av EØS-avtalens homogenitetsmålsetning. Formålet med EØS-avtalen er «å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde». Partene skal søke å «nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse» av de reglene i avtalen som i det vesentlige er gjengitt fra bestemmelser i fellesskapets regelverk.¹⁰³ Dette innebærer at avtalen skal utvikle seg i takt med EU-retten (dynamisk) og tolkes likt i hele EØS-området i overensstemmelse med den underliggende EU-retten (ensartet). Målsetningen er at EFTA-statene i størst mulig grad skal integreres i EUs indre marked.¹⁰⁴ Selv om EØS-avtalens målsetning om markedsintegrasjon er mindre vidtrekkende enn EU-traktatenes målsetning om europeisk integrasjon, er likevel en ensartet tolkning avgjørende for EØS-avtalens formål. Fredriksen uttaler det slik: «En målorientert tolkning av EØS-avtalen vil nettopp være en tolkning i overensstemmelse med EF-domstolens tolkning av de likelydende bestemmelsene i EF-traktaten.»¹⁰⁵

Mangelen på en EØS-bestemmelse som tilsvarer art. 21 TEUF er et eksempel på det som kan kalles «the widening gap» – nemlig forskjeller som har oppstått mellom EU og EØS.¹⁰⁶ Her støter homogenitetsprinsippet på to utfordringer. For det første: Hvordan skal unionsborgerdirektivet tolkes i EØS, når EU-domstolens tolkning av direktivet er gjort i lys av unionsborgerskapet? For det andre: I hvor stor grad er EU-domstolens praksis om familiegjenforening anvendelig i EØS når det er unionsborgerskapsreglene som utgjør selve grunnlaget for de rettighetene som praksisen etablerer?

Felles for spørsmål om anvendelsen av EU-domstolens praksis, både der unionsborgerskapet har vært selve *rettsgrunnlaget* for familiemedlemmers oppholdsrett, og der unionsborgerskapet har vært anvendt som *tolkningsfaktor* ved fastlegging av direktivets innhold, er hvor langt homogenitetsprinsippet rekker. Fredriksen påpeker at både EFTA-domstolen og EU-

¹⁰⁰ Om oppholdsrett for lønsmottakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet.

¹⁰¹ Om studenters oppholdsrett.

¹⁰² Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 79.

¹⁰³ EØS-avtalen art. 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte ledd.

¹⁰⁴ Rennuy og van Elsuwege (2014) s. 947.

¹⁰⁵ Fredriksen (2009) s. 555.

¹⁰⁶ Se også Fredriksen og Franklin (2015) s. 640.

domstolen har strukket seg langt for å unngå rettsulikhet.¹⁰⁷ Også Fenger påpeker denne tendensen. Han uttaler at de to domstolene, spesielt i saker om fri bevegelighet, har insistert på å sikre at målet om homogenitet blir oppfylt.¹⁰⁸

Homogenitetsmålsetningen er imidlertid ikke ubegrenset. Den er ikke en trylleformel som for enhver pris kan bringe EØS-retten på linje med EU-retten. Blant annet vil hensynet til statens suverenitet sette begrensinger for homogeniteten.¹⁰⁹ Folkerettslige prinsipper kan også utgjøre en grense. Som Fenger skriver, er det i seg selv problematisk – direkte eller indirekte – å anvende regler som ikke inngår i den rettsorden som tvisten skal løses ut fra, for derigjennom å oppnå et resultat som ellers knapt ville være i overensstemmelse med denne rettsordenen.¹¹⁰

EFTA-domstolen har uttalt at der det er forskjeller i virkeområde og formål, kan det «under særlige omstendigheter» føre til ulike tolkninger i EØS-retten og EF-retten.¹¹¹ Både Fredriksen og Fenger er av den oppfatning at «en dynamisk utvikling av EØS-retten i overensstemmelse med endringer i EF-traktaten krever et minimum av forankring i avtalens ordlyd».¹¹² Fredriksen og Mathisen mener smertegrensen for en dynamisk tolkning av EØS-avtalen der den underliggende EU-retten er endret, må gå der endringene i EU-retten er «avgjørende for den nye EU-rettslige tolkningen av de aktuelle EU-reglene».¹¹³ Dette innebærer at homogenitetsmålsetningen møter sin begrensning at der *ny* EU-rett medfører en annen tolkning enn hva man kunne kommet frem til ved *uendret* EU-rett. Jeg forstår dette slik at dersom det rettsgrunnlaget som anvendes i EU-retten ikke gjenfinnes i EØS-avtalen, vil det være betenkelig å anvende et slikt grunnlag i EØS. Dersom den EU-rettslige bestemmelsen som mangler en parallell i EØS er brukt som tolkningsfaktor, vil imidlertid homogenitetsmålsetningen kunne føre til samme resultat hvis det finnes andre tolkningsfaktorer i EØS-retten som understøtter dette.¹¹⁴ Allerede i E-1/02 *Post doc* indikerte EFTA-domstolen at tolkningen av direktiver i EØS må skje i lys av deres juridiske og samfunnsmessige kontekst. Endringer i den underliggende EU-retten kan utgjøre en del av denne konteksten.¹¹⁵ I E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* fant EFTA-domstolen at EØS-avtalen utgjør «a distinct legal order of its own». EFTA-domstolen

¹⁰⁷ Fredriksen (2013) s. 377. Se også Fredriksen (2012) s. 875.

¹⁰⁸ Fenger (2006) s. 136.

¹⁰⁹ Fenger (2006) s. 145. Også Graver har gitt uttrykk for et lignende standpunkt, når han skriver at det å pålegge EFTA-statene å forplikte seg til endringer i EU-traktatene «would certainly give new meaning to the concept of supranationality», Graver (2002) s. 88.

¹¹⁰ Fenger (2006) s. 146.

¹¹¹ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal*, premiss 27.

¹¹² Fredriksen (2009) s. 569. Henviser til Fenger (2006) s. 147.

¹¹³ Fredriksen (2014) s. 256.

¹¹⁴ Se Fredriksen (2013) s. 378 der han sonderer mellom tilfeller hvor grunnrettighetspakten i EU anvendes som tolkningsfaktor og som rettslig grunnlag.

¹¹⁵ Sak E-1/02 *Post doc*, premiss 56. Se også Fenger (2006) s. 140-141.

innførte – med grunnlag i EØS-rettens egne kilder – et EØS-rettslig prinsipp om statlig erstatningsansvar.¹¹⁶ EFTA-domstolen begrunnet således ikke det statlige erstatningsprinsippet med at et tilsvarende prinsipp følger av EU-retten. Dermed førte kilder i EØS-retten til samme resultat som i EU-retten uten at det ble vist til EU-retten direkte,¹¹⁷ samtidig som det kan være vanskelig å tenke seg at EFTA-domstolen hadde funnet at EØS-avtalen ga slikt grunnlag om ikke EU-domstolen allerede hadde oppstilt et erstatningsansvar på EU-rettslig grunnlag.

Litteraturen om hvordan rettspraksis om unionsborgerskapet i familieinnvandringssaker skal anvendes i EØS-retten, er svært begrenset. I kommentarutgaven til utlendingsloven fremgår følgende:

«Man kan [...] ikke slutte automatisk fra at unionsborgerskapet har vært brukt som ett av flere argumenter for resultatet, til at den tolkning som EU-domstolen har kommet frem til, ikke kan overføres på EØS.»¹¹⁸

Det har heller ikke vært saker for EFTA-domstolen hvor spørsmålet om rekkevidden av EU-domstolens praksis i saker om familieinnvandring og unionsborgerskapet har blitt satt på spissen. I E-15/12 *Wahl* uttalte EFTA-domstolen at betydningen av at unionsborgerskapet ikke er gjort til en del av EØS-avtalen, må vurderes fra sak til sak, og kan variere deretter.¹¹⁹

To saker fra EFTA-domstolen, som begge vedrører retten til fri bevegelighet for personer som ikke er økonomisk aktive, viser hvordan EFTA-domstolen har kommet til resultater som er «unionsborgerskapsvennlige» uten å anvende unionsborgerskapet i seg selv. Den første saken, E-4/11 *Clauder*, gjelder retten til familiegjening mellom en EU-borger som hadde en varig og ubetinget oppholdsrett i en EFTA-stat, og hans ektefelle. Etter fem sammenhengende år med lovlig opphold i henhold til unionsborgerdirektivet, har EØS-borgere og deres familiemedlemmer rett til varig opphold i vertsstaten, jf. art. 16. Ektefellen hadde ikke bodd i vertsstaten i fem år. Referansepersonen var ikke økonomisk aktiv og hadde ikke tilstrekkelige midler i henhold til art. 7 nr. 1 litra b. Spørsmålet var om hans oppholdsrett i henhold til art. 16 ga en ubetinget rett til familiegjening. Unionsborgerdirektivet var taust med hensyn til dette. EFTA-domstolen svarte bekreftende på spørsmålet, og begrunnet det blant annet i direktivets formål og system.¹²⁰ Domstolen påpekte også at alle medlemsstatene i EØS er par-

¹¹⁶ Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, premiss 59-60.

¹¹⁷ Sejersted (2011) s. 112-113.

¹¹⁸ Vevstad (2013) s. 631.

¹¹⁹ Sak E-15/12 *Wahl*, premiss 75.

¹²⁰ Sak E-4/11 *Clauder*, premiss 47.

ter i EMK, og herunder forpliktet av art. 8 om retten til familieliv. Den påpekte også at det følger av fast rettspraksis at EØS-avtalen skal leses i lys av grunnleggende menneskerettigheter.¹²¹ Videre ble det også vist til EU-domstolens rettspraksis i C-127/08 *Metock*, og uttalt at dersom en EØS-borger med permanent og betingelsesløs oppholdsrett i en annen stat enn sin egen

«were precluded from founding a family in that State, this would impair the right of EEA nationals to move and reside freely within the EEA, and thus be contrary to the purpose of the Directive and deprive it of its full effectiveness».¹²²

Burri og Pirker mener at når EFTA-domstolen i *Clauder* foretar en formålsrettet tilnærming basert på grunnleggende rettigheter, resulterer det i en løsning som er i tråd med rettspraksis vedrørende unionsborgerskapet. Dermed oppnås homogenitet.¹²³ Også Fredriksen er av den oppfatning at EFTA-domstolens henvisning til retten til familieliv «avhjelper det potensielle problem» at unionsborgerdirektivet er tett knyttet opp til unionsborgerskapet i EU.¹²⁴ Jeg er enig i at EFTA-domstolen foretar en dynamisk tolkning av direktivet, som nok er forenelig med et resultat som også EU-domstolen ville ha kommet til med grunnlag i unionsborgerskapet. Resultatet er imidlertid innenfor de rammer som EØS-avtalen setter, og homogenitetsprinsippet er derfor ikke strukket for langt.

Burri og Pirker mener også å kunne utlede av *Clauder* at EFTA-domstolen har lagt grunnlaget for en omfattende rett til fri bevegelse for EFTA-statsborgere, og at det eksisterer et «EEA-citizenship».¹²⁵ Jeg mener imidlertid dette blir å trekke for vidtgående konklusjoner av dommen. Dommen bygger på formålsbetraktninger og en tolkning av direktivets system og ordlyd. Selv om EU-domstolen kanskje ville kommet til det samme, og i den sammenheng vektlagt unionsborgerskapet, kan jeg ikke se at dommen kan forstås slik at EFTA-domstolen har etablert et «EØS-borgerskap» tilsvarende unionsborgerskapet. Dommen gir imidlertid uttrykk for at unionsborgerdirektivet ikke er begrenset til å omfatte økonomisk aktive EØS-borgere.

EFTA-domstolens sak E-26/13 *Gunnarsson* inneholder uttalelser om den manglende parallellen til unionsborgerskapet i EØS. Saken gjaldt et islandsk ektepar som hadde flyttet fra Island til Danmark etter endt arbeidsliv. Islandske skatteregler ga mulighet for å slå sammen ektefellers personlige fradrag, forutsatt at ektefellene var bosatt på Island. EFTA-domstolen fant at

¹²¹ Sak E-4/11 *Clauder*, premiss 49.

¹²² Sak E-4/11 *Clauder*, premiss 46.

¹²³ Burri og Pirker (2013) s. 219.

¹²⁴ Fredriksen (2013) s. 382.

¹²⁵ Burri og Pirker (2013) s. 220.

regelen utgjorde en hindring for retten til fri bevegelighet etter unionsborgerdirektivet. Domstolen fant at det ikke har noen betydning at reglene i unionsborgerdirektivet om fri bevegelighet for personer som ikke er økonomisk aktive, i dag kan ses som utslag av unionsborgerskapet i art. 21 TEUF. Retten til fri bevegelighet for denne persongruppen fantes allerede før innføringen av unionsborgerskapet gjennom direktiv 90/365/EØF art. 1, som unionsborgerdirektivet erstatter. Domstolen slo fast at selv om det ikke finnes en parallell til unionsborgerskapet i EØS, skal ikke EØS-borgere miste rettigheter de allerede hadde under EØS-avtalen før unionsborgerskapet ble innført.¹²⁶

2.4 Elementene i en analyse av anvendeligheten av EU-regler om avledet oppholdsrett i EØS

Når jeg i avhandlingen analyserer hvilke EU-regler om avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som gjelder i EØS, vil jeg ta utgangspunkt i følgende:

I noen situasjoner foreligger det fullt ut tilsvarende bestemmelser. Dette gjelder de situasjonene som er direkte regulert i direktiver og forordninger, eller i underliggende bestemmelser i traktatene hvor det er en tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen. Dette er situasjonen der de aktuelle bestemmelsene har samme formål og bakenforliggende hensyn, for eksempel der det dreier seg om regler om fri bevegelighet for arbeidstakere. Her er det ikke betenkelig å anvende EU-domstolens praksis for å fastlegge innholdet i EØS-retten.

I andre situasjoner er bestemmelser i direktiver og forordninger de samme, mens hensynene og de underliggende bestemmelsene i EU-retten er fraværende i EØS. Dette er situasjoner der EU-domstolen har anvendt ikke-parallele bestemmelser i traktatene eller grunnrettighetspakten som tolkningsfaktor. Det kan for eksempel gjelde situasjoner der bestemmelser i unionsborgerdirektivet tolkes i lys av reglene om unionsborgerskapet. Her er det hensiktsmessig å vurdere om det finnes tolkningsfaktorer i EØS-retten som kan føre til samme fortolkning av sekundærlovgivningen.

Endelig har vi de tilfeller der selve rettsgrunnlaget ikke gjenfinnes i EØS. Dette kan være situasjoner der EU-domstolen utelukkende eller i avgjørende grad kommer til et resultat som bygger på for eksempel unionsborgerskapet. Altså der regelen som kan utledes av rettspraksis ikke har et EØS-rettslig grunnlag. Her må vi vurdere om det finnes andre grunnlag i EØS-

¹²⁶ Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 79-80. EFTA-domstolens uttalelser om at EØS-statsborgere ikke skal fratras rettigheter de allerede hadde gjennom 1990-direktivene, minner om EU-domstolens uttalelser i sag C-127/08 *Metock*, premiss 59 (se avsnitt 1.4.6), men EFTA-domstolen viser ikke uttrykkelig til dette utsagnet fra EU-domstolen. Også påpekt av Fredriksen og Franklin (2015) s. 645.

retten som kan føre til samme resultat som i EU-retten.¹²⁷ Hvis dette ikke er tilfellet, må vi antakelig akseptere at EU- og EØS-retten gir anvisning på ulike løsninger. Vi er utenfor homogenitetsmålsetningens rekkevidde.

2.5 Bortenfor homogenitet

Avhandlingen omhandler situasjoner der det foreligger et *grenseoverskridende element*. Det vil si situasjoner som innebærer at en EØS-borger beveger seg mellom medlemsstater, eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn sin egen. Jeg vil i det følgende kort peke på en situasjon som klart faller utenfor homogenitetsprinsippets rekkevidde, og som skiller seg fra de situasjonene som resten av avhandlingen vedrører. EU-domstolen har nemlig funnet at status som unionsborger i henhold til art. 20 TEUF (ikke art. 21), *i seg selv* kan være tilstrekkelig til å fastslå at familiemedlemmer fra tredjeland skal ha en rett til opphold i unionsborgerens hjemstat – selv der det ikke foreligger et grenseoverskridende element. Dette følger av prinsippene i C-34/09 *Zambrano*. Saken gjaldt oppholdsrett for et colombiansk ektepar i Belgia. Ekteparet hadde fått avslag på sine søknader om asyl. To av ekteparets barn ble født under oppholdet i Belgia. Disse hadde fått belgisk statsborgerskap i henhold til belgisk lovgivning, og hadde derfor status som unionsborgere. Barna hadde aldri benyttet retten til fri bevegelighet, men hadde oppholdt seg hele livet i hjemstaten (Belgia). Belgias syn var derfor at EU-retten ikke kom til anvendelse. EU-domstolen fant imidlertid at art. 20 TEUF var til hinder for at foreldrene ble nektet opphold i Belgia. Begrunnelsen var at dette ville innebære at barna reelt ble fratatt «den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som de er tildelt ved deres status som unionsborgere».¹²⁸ Det var altså kjerneinnholdet i barnas rettigheter som unionsborgere som var truet, dersom foreldrene ble utvist og barna reelt sett ville blitt nødt til å forlate unionens område.¹²⁹

I januar 2015 behandlet Høyesterett en liknende sak som *Zambrano*. Dommen er inntatt i Rt. 2015 s. 93. Her slo en enstemmig Høyesterett fast at *Zambrano* «ikke har virkning for EØS-statsborgere». Dette ble begrunnet i at unionsborgerskapet ikke har en parallell i EØS-avtalen.¹³⁰ Saken gjaldt en kenyansk kvinne som hadde kommet til Norge og søkt asyl. I løpet av saksbehandlingstiden hadde kvinnen født en datter, som hadde norsk far og derfor var norsk statsborger i henhold til norsk rett. Kvinnen hadde imidlertid eneomsorg for datteren, og barnet hadde ingen kontakt med faren. Moren hadde gitt feilaktige opplysninger om seg selv til utlendingsmyndighetene, og hadde dermed fått et utvisningsvedtak mot seg. Som følge av dette hadde hun heller ikke rett til familiegjening med datteren. Konsekvensene av utvis-

¹²⁷ Se til sammenligning Fredriksen og Franklin (2015) s. 642.

¹²⁸ Sag C-34/09 *Zambrano*, premiss 42.

¹²⁹ Sag C-34/09 *Zambrano*, premiss 44.

¹³⁰ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 51.

ningsvedtaket mot moren ville være at datteren *de facto* ble utvist fra Norge og måtte flytte til Kenya med moren. Høyesterett avviste som sagt at *Zambrano* kunne komme til anvendelse i dette tilfellet, selv om den fant EU-domstolens praksis «interessant og ganske vidtrekkende».¹³¹ Datterens status som norsk statsborger alene medførte dermed ikke at en *de facto* utvisning av henne var rettsstridig.

Høyesterett fant imidlertid at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig, og det er dette som gjør dommen interessant i et EØS-rettslig perspektiv. Det kan ligge nær å lese den slik at *Zambrano*-prinsippene har vært en inspirasjonskilde i forholdsmessighetsvurderingen. Høyesterett legger blant annet vekt på at datterens *norske statsborgerskap* har «spesiell betydning»,¹³² og finner at statsborgerskapet er mer enn bare en formalitet. Det utgjør etter førstvoterendes syn «et grunnleggende rettslig, sosialt og psykologisk bånd» med «avgjørende betydning» for identitetsutviklingen.¹³³ Førstvoterende påpeker at datteren, som norsk statsborger, har rett til å utvikle sin identitet i Norge og nyte godt av å vokse opp i, og senere delta i, det norske samfunnet.¹³⁴ Ut fra dette kan det se ut som Høyesteretts forholdsmessighetsvurdering til en viss grad har funnet inspirasjon i *Zambrano*-prinsippene, til tross for at *Zambrano* ikke ble anvendt direkte som rettsgrunnlag. Av dette kan det utledes at det norske statsborgerskapet i denne situasjonen ikke ga datteren en svakere stilling enn hun ville ha fått dersom hun var unionsborger og *Zambrano* hadde vært anvendt som rettsgrunnlag. Det må imidlertid påpekes at Høyesteretts uttalelser om det norske statsborgerskapet er del av en helhetlig forholdsmessighetsvurdering, som kunne ha slått ut andre veien, dersom innvandringsregulerende hensyn hadde veid tyngre enn de gjorde i denne saken. I *Zambrano* foretok ikke EU-domstolen en proporsjonalitetsvurdering hvor andre hensyn ble veid opp mot barnas rett til å utøve kjerneinnholdet i unionsborgerskapet. Det kunne være interessant å se om EU-domstolen ville ha kommet til samme resultat dersom foreldrene for eksempel hadde begått grove lovbrudd i Belgia.

Høyesterett har altså slått fast at *Zambrano*-prinsippene ikke kan anvendes på saker om norske statsborgere. Jeg har valgt ikke å gå nærmere inn på retten til familiegjenforening i situasjoner som ikke innebærer fri bevegelighet, selv om dette er et svært spennende juridisk tema innen den rene *EU-retten*, spesielt som følge av utviklingen av rettspraksis i kjølvannet av *Zambrano*.¹³⁵ Da jeg søker å analysere reglene for familiegjenforening etter *EØS-retten*, finner jeg

¹³¹ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 51.

¹³² Rt. 2015 s. 93, avsnitt 75.

¹³³ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 76.

¹³⁴ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 77.

¹³⁵ For videre lesning, se blant annet Reynolds (2013), Adam og van Elsuwege (2012) og van Eijken og de Vries (2011).

det imidlertid naturlig å avgrense mot disse situasjonene, og heller rette oppmerksomheten mot de tilfellene som har et grenseoverskridende element.

3 Vertsstatsperspektivet

3.1 Innledning

Jeg skal i det følgende ta for meg ulike situasjoner hvor tredjelandsborgere ønsker å ta opphold i Norge (vertsstaten) sammen med et familiemedlem som er EØS-statsborger fra en annen stat enn Norge. Dette reguleres i utlendingsloven kap. 13 som gjennomfører unionsborgerdirektivet.

Utlendingsloven kap. 13 innfører en forenklet prosedyre i forhold til lovens øvrige regler for oppholdstillatelser. Oppholdsretten følger direkte av loven. Det vil si at dersom lovens vilkår for oppholdsrett er oppfylt, vil de personer det gjelder, ha en oppholdsrett som ikke er betinget av en oppholdstillatelse i form av et enkeltvedtak. Det foreligger en plikt til å la seg registrere, jf. utl. § 117 og unionsborgerdirektivet art. 8, men dette er ikke et vilkår for rett til opphold. Dermed er ordningen på EØS-området annerledes enn det tillatelsessystemet som gjelder for lovens øvrige bestemmelser.¹³⁶

Tredjelandsborgeres oppholdsrett etter utlendingsloven kap. 13 er i utgangspunktet en *avledet* rettighet. Det vil si at tredjelandsborgerens rett til opphold avhenger av om EØS-borgeren vedkommende er i familie med (referansepersonen), har rett til opphold i Norge. Dersom EØS-borgeren ikke lenger har oppholdsrett i Norge, mister også familiemedlemmet oppholdsretten. Jeg vil derfor først behandle vilkårene for opphold for den primære rettighetshaveren – EØS-borgeren. Deretter vil jeg redegjøre for reglene om hvem som er å anse som «familie-medlem», samt forhold knyttet til tredjelandsborgerens innreise. Endelig vil jeg behandle betingelsene for at tredjelandsborgeren i visse tilfeller kan få oppholdsrett på selvstendig grunnlag etter endt samliv.

EU-domstolen bruker ofte betegnelsen «unionsborger» i avgjørelser der unionsborgerdirektivet tolkes. Dette er ikke problematisk i en EØS-rettslig sammenheng, da det fremgår av EØS-komiteens beslutning at begrepet «unionsborger(e)» skal erstattes med betegnelsen «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene».¹³⁷ Som nevnt i kapittel 2 kan det imidlertid være problematisk der EU-domstolen tolker bestemmelsene i lys av unionsborgerskapet.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008), s. 30.

¹³⁷ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007, art. 1 nr. 1 c.

3.2 Utgangspunktet: EØS-borgerens oppholdsrett

3.2.1 Innledning

Jeg behandler først kravet om et grenseoverskridende element, ettersom dette er en forutsetning for at unionsborgerdirektivet kommer til anvendelse. Deretter vil jeg gjøre rede for de ulike vilkårene for EØS-borgeres oppholdsrett. Her sondres det mellom EØS-borgere som er økonomisk aktive på den ene siden og de som ikke er økonomisk aktive på den andre, og det er ulike vilkår for oppholdsrett avhengig av oppholdets varighet.

3.2.2 Kravet om et grenseoverskridende element

Unionsborgerdirektivet er ment å regulere innreise til og opphold i *andre* medlemsstater. Utgangspunktet i utlendingsloven er også at reglene i kap. 13 regulerer retten til opphold i Norge for EØS-borgere (og deres familie) fra andre medlemsstater, jf. utl. § 110 (1) og (2) første punktum.¹³⁸ Dette innebærer nødvendigvis et grenseoverskridende element. Det heter i unionsborgerdirektivet art. 3 nr. 1 at direktivet får anvendelse på unionsborgere og deres familiemedlemmer som «flytter til eller oppholder seg i» en annen medlemsstat enn der vedkommende er statsborger. En person som «aldri har gjort bruk af sin ret til fri bevegelse og alltid har haft opphold i en medlemsstat, hvor vedkommende er statsborger» er ikke omfattet av direktivet, jf. C-434/09 *McCarthy*.¹³⁹ Saken gjaldt en britisk statsborger som aldri hadde beveget seg ut av Storbritannia. Hun giftet seg med en jamaicansk statsborger som ikke hadde oppholdstillatelse i Storbritannia, og hun ervervet deretter irsk statsborgerskap med grunnlag i at hennes mor var irsk. Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til å si at det forelå et grenseoverskridende element, og ektefellen kunne ikke få avledet oppholdsrett på grunnlag av unionsborgerdirektivet. Prinsippene fra *Zambrano* fant heller ikke anvendelse, da det ikke var fare for at ektemannens manglende oppholdsrett ville medføre at McCarthy reelt sett ble tvunget til å forlate unionens område.¹⁴⁰ C-86/12 *Alokpa*, gjaldt to mindreårige tvillinger som var født i Luxemburg, og som aldri hadde beveget seg utenfor landet. Disse ble imidlertid ansett å falle inn under unionsborgerdirektivets anvendelsesområde. Barna var nemlig franske statsborgere fordi en fransk mann hadde erkjent farskapet. De to barna hadde ikke «reist til», men «oppholdt seg» i en annen medlemsstat enn den de var statsborgere i. Dette var tilstrekkelig til at det forelå et grenseoverskridende element.¹⁴¹ Det som skiller disse to sakene, er at

¹³⁸ Utlendingsloven § 110 (2) annet punktum slår fast at også familiemedlemmer av norske borgere, som vender tilbake til Norge etter å ha benyttet retten til fri bevegelse i EØS, er omfattet. Disse situasjonene vil bli behandlet i kapittel 4.

¹³⁹ Sag C-434/09 *McCarthy*, premiss 39.

¹⁴⁰ Sag C-434/09 *McCarthy*, premiss 50.

¹⁴¹ Jeg forstår Fredriksen og Franklin (2015) s. 642, slik at de mener Høyesterett i et obiter i Rt. 2015 s. 93 (omtalt i avsnitt 2.5) antyder at EØS-retten krever faktisk fysisk forflytning før unionsborgerdirektivet kan komme til anvendelse. Etter min mening behøver ikke Høyesterett forstås slik (se nærmere avsnitt 6.3). Et slikt krav vil dessuten utfordre homogenitetsmålsetningen. Noe Fredriksen og Franklin også påpeker.

McCarthy hadde dobbelt statsborgerskap, og følgelig også statsborgerskap i det landet hun bodde og alltid hadde oppholdt seg. De to barna hadde kun statsborgerskap i en annen stat enn der de bodde og alltid hadde oppholdt seg. Dersom McCarthy hadde frasagt seg sitt britiske statsborgerskap, kan det antas at hun dermed ville vært omfattet av unionsborgerdirektivets regler.¹⁴²

3.2.3 Opphold inntil tre måneder

Opphold under tre måneder er betinget av gyldig identitetskort som pass eller lignende, jf. utl. § 111 (1). Denne bestemmelsen gjennomfører unionsborgerdirektivet art. 6 nr. 1. Det stilles ikke ytterligere krav, for eksempel om økonomisk aktivitet eller tilstrekkelige midler, men det er en forutsetning at vedkommende ikke blir en urimelig byrde for offentlige velferdsordninger, jf. utl. § 111 (1). Dette følger av unionsborgerdirektivet art. 14 nr. 1. En «urimelig byrde» vil vedkommende være der økonomisk sosialhjelp benyttes i «uvanlig stor utstrekning», jf. utlendingsforskriften § 19-10 (1). Ett besøk hos sosialforvaltningen er ikke nok. I forarbeidene presiseres det også at livnæring ved hjelp av tigging – og ikke sosialhjelp – ikke medfører at en EØS-borger mister oppholdsretten.¹⁴³ Denne retten til nærmest ubetinget tre måneders opphold, gjelder også for vedkommendes familiemedlemmer uavhengig av deres nasjonalitet, jf. utl. § 111 (2) og unionsborgerdirektivet art. 6 nr. 2.

3.2.4 Opphold i mer enn tre måneder og mindre enn fem år

3.2.4.1 Økonomisk aktivitet

For opphold mellom tre måneder og fem år er det et krav at EØS-borgeren er økonomisk aktiv, enten som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, jf. utl. § 112 (1) litra a. I henhold til utl. § 112 (1) litra b gjelder dette også for tjenesteytere. Bestemmelsene gjennomfører unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra a. I direktivet nevnes imidlertid ikke tjenesteytere eksplisitt. Da unionsborgerdirektivet opphever direktiv 73/148/EØF, som regulerte oppholdsretten til tjenesteytere, har departementet trukket den slutning at tjenesteytere er omfattet av oppholdsretten etter unionsborgerdirektivet. Departementet påpeker også at Kommisjonen har uttalt i et tolkningsmøte med medlemslandene og EFTA-sekretariatet at tjenesteytere er omfattet av art. 7 nr. 1 bokstav a (samme kategori som arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende).¹⁴⁴ I litteraturen er det uttalt at det fremstår som en inkurie at tjenesteytere ikke er omfattet av ordlyden i art. 7 nr. 1 litra a.¹⁴⁵ Under lovgivningsprosessen foreslo Kommisjonen, etter forslag fra EU-parlamentet, å tilføye at tjenestemottakere skulle være omfattet av art. 7

¹⁴² Se Guild (2014) s. 52-53.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 63.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 31.

¹⁴⁵ Vevstad (2010) s. 654.

nr. 1 litra a.¹⁴⁶ Dette ble imidlertid frafalt senere, da Rådet, med tilslutning fra Kommisjonen, fant at tjenestemottakere ikke kunne sammenlignes med arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.¹⁴⁷ Barnard påpeker at utelatelsen av tjenesteytere for de fleste formål er uproblematisk, da EU-domstolen alltid har lagt stor vekt på traktatbestemmelsene og ikke sekundærlovgivningen i saker om tjenesteyteres rettigheter.¹⁴⁸ Hun viser blant annet til at EU-domstolen har slått fast at vilkårene for opphold *inntil* tre måneder i direktiv 73/148/EØF er uforandret ved unionsborgerdirektivet.¹⁴⁹ Saken gjaldt ikke oppholdsrett *ut over* tre måneder. Det er imidlertid nærliggende å anta at tjenesteytere skal ha rettigheter på lik linje med arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, da alle disse persongruppene er å anse som økonomiske aktører. Uavhengig av om art. 7 nr. 1 litra a skal tolkes slik at tjenesteytere er omfattet, er det uproblematisk at denne persongruppen har oppholdsrett etter utlendingsloven kap. 13. Unionsborgerdirektivet begrenser ikke medlemsstatenes kompetanse til å gi bedre rettigheter enn det som følger av direktivet, jf. art. 37.

EØS-borgere som kommer til Norge som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende i henhold til § utl. 112 (1) litra a, men som opphører å være dette, og dermed ikke lenger er økonomisk aktive, kan under visse betingelser bevare sin opprinnelige status som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, jf. utl. § 112 (2) litra a til d.¹⁵⁰

3.2.4.2 Ikke økonomisk aktivitet

Dersom EØS-borgeren ikke oppfyller et av de ovenstående kriteriene, anses vedkommende som ikke økonomisk aktiv. Opphold ut over tre måneder krever da at vedkommende har tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og sin familie, samt en sykeforsikring med full dekning under oppholdet, jf. utl. § 112 (1) litra c. Bestemmelsen gjennomfører unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b. Formålet med regelen er å unngå at EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, skal bli en urimelig byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem, jf. blant annet unionsborgerdirektivets fortale punkt 10. Her er det et klart skille mellom de som er økonomisk aktive og de som ikke er det. Selv om en økonomisk aktiv person kan være en byrde for vertsstatens velferdssystem, er ikke vedkommendes oppholdsrett underlagt ytterligere vilkår. Som Rossi dal Pozzo skriver, reflekterer dette skillet et syn på det indre marked som et økonomisk marked.¹⁵¹

¹⁴⁶ KOM (2003) 199, s. 5.

¹⁴⁷ SEK (2003) 1293, punkt 3.2.2.2.

¹⁴⁸ Barnard (2013) s. 378.

¹⁴⁹ Barnard (2013) s. 379, hvor det vises til sag C-215/03, premiss 20.

¹⁵⁰ Dette gjelder for eksempel der vedkommende blir midlertidig arbeidsufør, eller der vedkommende er ufrivillig arbeidsledig etter to års arbeid og har meldt seg som arbeidssøkende hos NAV.

¹⁵¹ Rossi dal Pozzo (2013) s. 65.

Statene kan ikke fastsette et bestemt beløp som skal utgjøre «tilstrekkelige midler». Det skal tas hensyn til vedkommendes personlige situasjon, og beløpet må ikke være høyere enn sosialhjelps- eller laveste pensjonssats i vertsstaten, jf. unionsborgerdirektivet art. 8 nr. 4. Med hjemmel i utl. § 112 (4) er det gitt nærmere bestemmelser i utlendingsforskriften om hva som skal anses som «tilstrekkelige midler». I henhold til forskriften § 19-13 (1) kan dette utgjøre faste periodiske ytelser, eller egne midler som for eksempel bankinnskudd. Det kan ikke stilles krav til hvor de tilstrekkelige midlene stammer fra. Uttrykket «råder over» i utl. § 112 (1) litra c skal forstås på samme måte som i unionsborgerdirektivet. Det følger av EU-domstolens praksis at det er tilstrekkelig at vedkommende har slike midler «til rådighet». Dermed kan midlene for eksempel stamme fra et familiemedlem som er tredjelandsborger.¹⁵² Det er imidlertid gjort klart at en EØS-borger ikke kan oppfylle vilkåret om tilstrekkelige midler ved hjelp av sosiale ytelser fra vertsstaten. En slik løsning ville være i strid med det uttalte formålet at vedkommende ikke skal være en urimelig byrde for vertsstatens velferdssystem.¹⁵³ Unionsborgerdirektivet art. 24 nr. 1 fastsetter et prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling. Prinsippet vil imidlertid ikke gjelde for EØS-borgere som ikke oppfyller vilkårene for rett til opphold i henhold til direktivet.¹⁵⁴ Selv om vedkommende benytter seg av vertsstatens sosialhjelpssystem, kan imidlertid ikke det føre til automatisk utvisning fra landet, jf. unionsborgerdirektivet art. 14 nr. 3.

Det er likevel slik at begrensningene i unionsborgerdirektivet i de konkrete tilfellene må vurderes i henhold til proporsjonalitetsprinsippet. Dersom vertsstaten finner at vilkårene ikke er oppfylt, må det vurderes om det å nekte en person opphold er hensiktsmessig og nødvendig med henblikk på å nå det forfulgte formålet.¹⁵⁵ I *Baumbast* fant EU-domstolen at en tysk statsborger som bodde i Storbritannia, ikke kunne nektes opphold der bare på grunn av at han ikke hadde en sykeforsikring med full dekning i Storbritannia. Mannen hadde tidligere vært arbeidstaker og drevet eget firma mens han bodde i Storbritannia. Han var nå ansatt i et tysk firma og arbeidet utenfor EU. Han hadde tilstrekkelige midler, og hadde en sykeforsikring i Tyskland. EU-domstolen fant at dette var tilstrekkelig. Vilårene i unionsborgerdirektivet ble tolket i lys av art. 21 nr. 1 TEUF om unionsborgeres rett til fri bevegelighet. Begrensingen som i utgangspunktet var i tråd med direktivet art. 7 nr. 1 litra b besto ikke proporsjonalitetstesten.¹⁵⁶ På grunn av EU-domstolens vektlegging av unionsborgerskapet, er det usikkert om

¹⁵² Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 27.

¹⁵³ Sag C-333/13 *Dano*, premiss 76-77.

¹⁵⁴ Sag C-333/13 *Dano*, premiss 81.

¹⁵⁵ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 91.

¹⁵⁶ Se også sag C-184/99 *Grzelczyk* der EU-domstolen kom til at en fransk statsborger som var student i Belgia hadde rett til en sosial ytelse det siste året av utdanningen selv om vedkommendes oppholdsrett i Belgia var

EFTA-domstolen vil komme til samme resultat i et lignende tilfelle som *Baumbast*, men homogenitetsbetraktninger kan tilsi nettopp det.

Dersom EØS-borgeren oppfyller vilkårene for opphold mellom tre måneder og fem år i henhold til utl. § 112, vil familiemedlemmer fra tredjeland ha oppholdsrett i henhold til utl. § 114 (1). Bestemmelsen gjennomfører unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 2.

Studenter som «er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon», som har sykeforsikring og som avgir en erklæring om at vedkommende har tilstrekkelige midler til underhold for seg og familien, har rett til opphold i mer enn tre måneder, jf. utl. § 112 (1) litra d og unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra c. For denne gruppen er det en snevrere krets av familiemedlemmer som omfattes av den avledede oppholdsretten.¹⁵⁷ Selv om det er betydningsfullt for dem det angår, vil det føre for langt å gå nærmere inn på reglene om oppholdsrett for studenter og deres familiemedlemmer.

3.2.5 Opphold i mer enn fem år

Når EØS-borgeren har oppholdt seg «lovlig» i Norge i mer enn fem sammenhengende år i henhold til utl. § 112, har vedkommende rett til varig opphold, jf. utl. § 115 (1). Det samme gjelder for familiemedlemmer fra tredjeland når de har hatt sammenhengende opphold i fem år sammen med EØS-borgeren i henhold til utl. § 114 (1), jf. § 116 (1) første punktum. Bestemmelsene følger av unionsborgerdirektivet art. 16 nr. 1 og 2. Presiseringen av at oppholdet skal ha vært lovlig i henhold til §§ 112 og 114 (1) er viktig. EU-domstolen har nemlig slått fast at vedkommendes opphold skal ha vært i overensstemmelse med vilkårene i direktivet. Oppholdsrett i henhold til nasjonal lovgivning eller annen EU-rettslig lovgivning som ikke oppfyller vilkårene for oppholdsrett i unionsborgerdirektivet, regnes derfor ikke som «lovlig opphold» etter art. 16.¹⁵⁸ Vedkommende kan under visse betingelser ha hatt midlertidige opphold utenfor Norge i løpet av denne femårsperioden uten at det berører kravet om sammenhengende opphold. Dette følger av utl. §§ 115 (1) annet punktum og 116 (1) tredje punktum. Disse betingelsene er nærmere presisert i unionsborgerdirektivet art. 16 nr. 3.

Når EØS-borgeren og dennes familiemedlemmer har varig oppholdsrett, stilles det ikke lenger et krav om at referansepersonen er arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter

betinget av at han hadde tilstrekkelig midler. Det ble lagt vekt på at det økonomiske behovet var av midlertidig karakter, jf. premiss 44.

¹⁵⁷ Studenter har i utgangspunktet kun rett til å ta med sin ektefelle/partner og barn de forsørger, jf. unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 4

¹⁵⁸ Sag C-529/11 *Tijani*, premiss 35 og 39. *Tijani* gjaldt en mor som hadde avledet oppholdsrett etter forordning (EØF) nr. 1612/68 art. 10 og som ikke oppfylte vilkårene for opphold etter unionsborgerdirektivet.

eller selvforsørgende. Dette er blant annet ment som et virkemiddel til integrasjon i vertsstaten. Retten til varig opphold er ny med unionsborgerdirektivet, og også en nyinnføring i norsk lov.¹⁵⁹ Den varige oppholdsretten er altså ubetinget, men den bortfaller dersom vedkommende oppholder seg utenfor Norge i mer enn to påfølgende år, jf. utl. §§ 115 (1) fjerde punktum og 116 (1) femte punktum. Dette følger av unionsborgerdirektivet art. 16 nr. 4.

3.3 Familiemedlemmer med rett til opphold

3.3.1 Innledning

Utlendingsloven § 110 (3) litra a til d definerer hvem som anses som «familiemedlem» og som har avledet oppholdsrett som følge av EØS-borgerens oppholdsrett. Dette er (a) ektefeller, (b) samboere (dersom de har «en varig tilknytning til EØS-borgeren»), (c) slektninger av EØS-borgeren eller ektefellen/partneren i rett nedstigende linje som er under 21 år eller forsørges av EØS-borgeren, samt (d) slektninger av EØS-borgeren eller dennes ektefelle/partner i rett oppstigende linje som forsørges av EØS-borgeren. Bestemmelsen gjennomfører unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra a til d, med det unntak at direktivbestemmelsen ikke omfatter samboere. Samboere er i direktivet omfattet av en utvidet krets av familiemedlemmer som medlemsstatene er forpliktet til å «lette innreise og opphold» for, jf. art. 3 nr. 2.¹⁶⁰

Dette gir grunnlag for to spørsmål. For det første hva som ligger i begrepet «ektefelle», og for det andre hva begrepet «forsørges av» innebærer.

3.3.2 Om begrepet «ektefelle»

Det fremgår av forarbeidene til loven at «registrerte partnere» er likestilt med «ektefeller», da det følger av partnerskapsloven § 3 at «føresegner i norsk lovgivning om ekteskap og ektefellar gjeld tilsvarende for registrert partnerskap og registrerte partnarar».¹⁶¹ Partnerskapsloven som departementet viser til, er nå opphevet. Regelen fremgår i dag av ekteskapsloven § 95, slik at registrerte partnere fortsatt er omfattet av kategorien «ektefeller» i utl. § 110 (3) litra a. Følgelig gjennomfører bestemmelsen unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra b om registrerte partnere.

Et spørsmål i denne sammenhengen er om det er et krav at ektefellene bor sammen, slik hovedregelen er i utlendingslovens øvrige regler om familiegjeningforening.¹⁶² Svaret på dette er nei. Det følger av praksis fra EU-domstolen at det først er når ekteskapet er oppløst ved en

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 37.

¹⁶⁰ Med unntak av samboere, vil jeg av plasshensyn ikke behandle spørsmål om den utvidede kretsen av familiemedlemmer som art. 3 nr. 2 lister opp.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 62.

¹⁶² Se utl. § 40 (3). Bestemmelsen må tolkes restriktivt, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 189.

avgjørelse av den kompetente myndighet i den respektive medlemsstat, at vedkommende ikke lenger anses som «ektefelle». Dette innebærer at ektepar som bor separat – også med nye partnere – fortsatt anses som ektefeller i unionsborgerdirektivets forstand, og dermed også i utlendingslovens forstand. Dette selv om de har til hensikt å skille seg.¹⁶³ Jeg antar at det samme gjelder for registrerte partnere.

Tolkningen er blant annet forankret i direktivets formål om å sikre tredjelandsborgere som oppholder seg i vertsstaten rettsbeskyttelse, slik at de i tilfeller av for eksempel skilsmisse kan beholde oppholdsretten på selvstendig grunnlag, jf. fortalens punkt 15. EU-domstolen viser i denne sammenheng til at en tredjelandsborger som er separert, men ikke skilt fra sin ektefelle, ikke må gis svakere rettigheter enn de ville kunne fått etter unionsborgerdirektivet art. 13 og art. 18.¹⁶⁴

Også samboere med en varig tilknytning til EØS-borgeren har som nevnt en automatisk avledet rett til opphold etter utl. § 110 (3) litra b. En oppløsning av samlivet vil imidlertid ikke ha samme virkning for samboere som flytter fra hverandre som for ektefeller eller registrerte partnere. Der samboere flytter fra hverandre, vil det ikke lenger bestå et samboerskap, og dette må nok derfor sidestilles med skilsmisse og ikke separasjon.

3.3.3 Om begrepet «forsørgeres av»

Som nevnt innledningsvis, har slektninger i rett nedstigende linje fra referansepersonen eller dennes partner og som er *under* 21 år, en avledet oppholdsrett. Dette er typisk barn, stebarn og barnebarn. Utlendingsloven § 110 (2) litra c og unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra c bestemmer at også slektninger i rett nedstigende linje som er *over* 21, år er omfattet dersom de *forsørgeres av* EØS-borgeren. En annen gruppe med avledet oppholdsrett er slektninger av EØS-borgeren eller dennes ektefelle/partner i rett oppstigende linje, dersom de *forsørgeres av* vedkommende, jf. unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra d. Det typiske her er foreldre, besteforeldre eller svigerforeldre.

Felles for disse to kategoriene er at en avledet oppholdsrett avhenger av at vedkommende tredjelandsborger «forsørgeres av» referansepersonen. Det ser ikke ut til at det er noen forskjell med hensyn til begrepet når det vedrører slektninger i ned- og oppstigende linje.¹⁶⁵ Spørsmålet er imidlertid hva som ligger i begrepet «forsørgeres av».

¹⁶³ Sag C-244/13 *Ogieriakhi*, premiss 37-38, sag C-40/11 *Iida*, premiss 58, sag C-267/83 *Diatta*, premiss 20 og 22.

¹⁶⁴ Sag C-244/13 *Ogieriakhi*, premiss 40-41. Art. 13 og art. 18 gir på visse betingelser tredjelandsborgere rett til opphold på selvstendig grunnlag etter skilsmisse. Se nærmere om dette i avsnitt 3.5.

¹⁶⁵ Guild (2014) s. 44.

EU-domstolen tok stilling til dette i C-423/12 *Reyes*. Domstolen fant her at det avgjørende er hvorvidt det foreligger et *reelt avhengighetsforhold*.¹⁶⁶ Det skal foretas en vurdering av den faktiske situasjonen.¹⁶⁷ Dersom det regelmessig, i en betydelig periode, er blitt utbetalt en sum penger til slektningen, vil man anse at et slikt avhengighetsforhold foreligger. Tredjelandsborgeren må befinne seg i en situasjon der vedkommende, ut fra sine økonomiske og sosiale forhold, ikke er i stand til selv å dekke sine grunnleggende behov. Behovet for bistand må foreligge i det land tredjelandsborgeren befinner seg når det søkes om familiegjenforening.¹⁶⁸ Dette innebærer at vurderingen skal foretas ut fra levestandarden i det land tredjelandsborgeren oppholder seg.¹⁶⁹ Det stilles imidlertid ikke noe krav til grunnene for behovet for bistand. Videre er det heller ikke noe krav at tredjelandsborgeren skal ha forsøkt å skaffe seg en jobb eller få dekket grunnleggende behov gjennom statlige midler. EU-domstolen begrunner dette med at det ville gjøre muligheten for oppholdstillatelse uforholdsmessig vanskelig og følgelig innebære en risiko for at bestemmelsene i unionsborgerdirektivet mister sin effektive virkning.¹⁷⁰ Domstolen har i denne forbindelse også vist til prinsippet om at det skal anvendes en utvidende tolkning av reglene om arbeidskraftens frie bevegelse.¹⁷¹

EU-domstolen tok i *Reyes* stilling til hvorvidt det har betydning for vurderingen av forsørgelsesbegrepet at tredjelandsborgeren har gode forutsetninger for, og til hensikt, å skaffe seg jobb i vertsstaten. Et resultat av at tredjelandsborgeren får egen inntekt, vil jo være at vedkommende ikke lenger har behov for å bli forsørget. Domstolen fant at dette er uvedkommende for tolkningen av forsørgelsesvilkåret. Behovet for forsørgelse skal som nevnt foreligge i det land vedkommende befinner seg når det søkes om opphold. Dessuten ville et krav om fortsatt forsørgelsesbehov være i strid med familiemedlemmets rett til å ta arbeid når vedkommende først har fått opphold, jf. unionsborgerdirektivet art. 23.¹⁷²

Dette innebærer at medlemsstatenes myndigheter ikke kan stille krav om at familiemedlemmet skal ha et forsørgelsesbehov fremover i tid. I UDIs rundskriv heter det imidlertid at vedkommende også skal ha «et reelt forsørgelsesbehov fremover i tid».¹⁷³ Det er uklart om rundskrivet sikter til at det må foreligge et fremtidig forsørgelsesbehov i det landet tredjelandsbor-

¹⁶⁶ Sag C-423/12 *Reyes*, premiss 20.

¹⁶⁷ Sag C-423/12 *Reyes*, premiss 21.

¹⁶⁸ Sag C-423/12 *Reyes*, premiss 22.

¹⁶⁹ Guild (2014) s. 45.

¹⁷⁰ Sag C-423/12 *Reyes*, premiss 23-26.

¹⁷¹ Sag C-1/05 *Jia*, premiss 36, sag C-316/85 *Lebon*, premiss 23.

¹⁷² Sag C-423/12 *Reyes*, premiss 29-33.

¹⁷³ RS 2010-025, punkt 2.3.

geren oppholder seg på søknadstidspunktet, eller om forsørgelsesbehovet fortsatt skal gjøre seg gjeldende etter at tredjelandsborgeren har flyttet til Norge. Den første tolkningen er imidlertid den riktige i henhold til EØS-rettens krav. Det fremgår også av rundskrivet at forsørgelsesbehovet først og fremst skal være av økonomisk karakter, men at også fysisk avhengighet kan være et moment i vurderingen.¹⁷⁴ Dersom referansepersonen ikke er økonomisk aktiv, og blir en urimelig byrde for det norske sosialhjelpssystemet som følge av forsørgelsesansvaret for familiemedlemmet, kan det imidlertid tenkes at både referansepersonen og familiemedlemmet mister oppholdsretten. Dette vil gjelde der oppholdsretten er betinget, altså før det er gått fem år. Oppholdsretten i denne perioden gjelder «så lenge» vilkårene i utl. § 112 er oppfylt, jf. utl. § 112 (1) og unionsborgerdirektivet art. 14 nr. 2.

Det er i teorien reist spørsmål om hvilken grad av avhengighet som må foreligge mellom referansepersonen og tredjelandsborgeren. Altså om det er et krav at tredjelandsborgeren skal forsørges fullt ut av referansepersonen, eller om det er tilstrekkelig at vedkommende forsørges i betydelig grad. Guild m.fl. konkluderer med at sistnevnte alternativ er det mest nærliggende.¹⁷⁵ Jeg er enig i denne konklusjonen. En slik forståelse av forsørgelsesbegrepet er også enklest å håndheve. Det vil oppstå store bevismessige problemer dersom tredjelandsborgeren må godtgjøre at vedkommende sto uten noen andre kilder til forsørgelse.

3.4 Forhold knyttet til tredjelandsborgerens innreise

3.4.1 Innledning

Som vist ovenfor, må EØS-borgeren oppholde seg i en annen stat enn sin egen for at familiemedlemmene skal få oppholdsrett i denne staten. Vi har sett hvilke familiemedlemmer som er omfattet av den avledede oppholdsretten. Spørsmålet i det følgende gjelder forhold knyttet til tredjelandsborgerens innreise til Norge. Her vil jeg peke på to spørsmål. Det første gjelder selve innreisetasjonen og hva det vil si å «følge» eller «gjenforenes» med EØS-borgeren. Det andre spørsmålet vedrører betydningen av tredjelandsborgerens tidligere ulovlige opphold.

3.4.2 Familiemedlemmet må «følge» eller «gjenforenes» med EØS-borgeren

Det er familiemedlemmer som «følger» eller «gjenforenes» med EØS-borgeren, som er omfattet av utlendingsloven kap. 13, jf. § 110 (2) første punktum. Ordlyden i loven skiller seg fra ordlyden i den underliggende bestemmelsen i unionsborgerdirektivet art. 3 nr. 1, hvor det heter familiemedlemmer som «kommer sammen med» eller «slutter seg til» referansepersonen (engelsk: «accompany or join»). Den norske bestemmelsen må tolkes i samsvar med direktiv-

¹⁷⁴ RS 2010-025, punkt 2.3.

¹⁷⁵ Guild (2014) s. 45-46.

bestemmelsen. Det er derfor nødvendig å fastlegge hva som ligger i begrepene «kommer sammen med» og «slutter seg til».

Dette er ikke problematisk der unionsborgeren flytter fra sin hjemstat *sammen med* familiemedlemmer som er tredjelandsborgere, da det følger direkte av ordlyden «kommer sammen med» i unionsborgerdirektivet og «følger» i utlendingsloven.

Man kan spørre hva som gjelder der tredjelandsborgeren flytter til vertsstaten i *etterkant*. Familiemedlemmene er «berettigede personer» etter unionsborgerdirektivet art. 3 nr. 1 også når de «slutter seg til» referansepersonen. Formålet med unionsborgerdirektivet er blant annet å «lette utøvelsen» av retten til fri bevegelighet og fritt opphold, jf. fortalens punkt 4. Et av midlene for å oppnå formålet er at også familiemedlemmer skal ha denne retten, jf. fortalens punkt 5. EU-domstolen har uttalt at det kan «afholde» (engelsk: «discourage») unionsborgeren fra fortsatt å oppholde seg i vertsstaten dersom familiemedlemmene nektes opphold fordi de reiser inn i vertsstaten på et senere tidspunkt. Hvis familien ikke får oppholdsrett, vil det kunne medføre at referansepersonen reiser til en annen medlemsstat eller et tredjeland for å kunne ha et «normalt familieliv» der.¹⁷⁶ Denne tilnærmingen skiller seg fra hvordan EMD har tolket EMK art. 8 om retten til familieliv. Ifølge EMD kan familieinnvandringstillatelse nektes dersom det kan forventes at familien kan leve samlet i et annet land.¹⁷⁷ Retten til familieliv etter EMK art. 8 er derfor ikke nødvendigvis krenket selv om familien ikke kan velge fritt hvilket land de vil oppholde seg i.¹⁷⁸ Ifølge EU-domstolen vil det at referansepersonen er tvunget til å forlate vertsstaten for å kunne opprettholde et samlet familieliv, være i strid med formålet om fri bevegelighet og fritt opphold i EU/EØS. En tredjelandsborger som reiser til vertsstaten på et senere tidspunkt enn referansepersonen, skal derfor anses å ha sluttet seg til denne, jf. unionsborgerdirektivet art. 3 nr. 1, og har følgelig rett til opphold. Det samme følger også naturlig av ordlyden i utl. § 110 (2): «gjenforenes».

Det kan også tenkes en situasjon der tredjelandsborgeren allerede oppholder seg i Norge før EØS-borgeren flytter hit, og at de *først her* møter hverandre og stifter familie. De samme hensynene som jeg har vist til ovenfor vil gjøre seg gjeldende også i denne situasjonen. Dersom EØS-borgeren ikke kunne stifte familie i vertsstaten og tredjelandsborgeren kunne få opphold der, ville det være i strid med formålet om fri bevegelighet. EU-domstolen har uttalt at EU-lovgiver har «accepteret muligheden for, at unionsborgeren først stifter familie, efter at vedkommende har udøvet sin ret til fri bevægelse».¹⁷⁹ I C-127/08 *Metock* slo EU-

¹⁷⁶ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 89.

¹⁷⁷ Øyen (2013) s. 123, hvor det blant annet vises til *Gül mot Sveits*.

¹⁷⁸ Se også Costello (2009) s. 613.

¹⁷⁹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 88.

domstolen fast at det ikke skal sondres mellom situasjoner der tredjelandsborgeren har reist inn i vertsstaten før eller etter unionsborgeren, eller før eller etter familien ble stiftet.¹⁸⁰

EU-domstolen har understreket at en mer snever forståelse av «kommer sammen med» eller «slutter seg til» ville begrense rettighetene med hensyn til innreise og opphold for unionsborgeres familiemedlemmer.¹⁸¹ Dette skiller seg fra hvordan EMD sondrer mellom familieetablering og familiegjenforening. I henhold til EMDs praksis kan det se ut til at retten til familiegjenforening står sterkere enn retten til familieetablering.¹⁸²

EU-domstolens presisering av unionsborgerdirektivets «slutter seg til» er ikke lett å lese ut av «gjenforenes» i utl. § 110 (2). Ordet «gjenforenes» gir assosiasjoner til at det er snakk om noen som har vært sammen før og som nå forenes igjen. Dette er jo ikke tilfellet der relasjonen først oppstår i Norge. I lovens øvrige regler om familieinnvandring har det betydning hvorvidt det er tale om «familiegjenforening» eller «familieetablering». Dette skillet viser seg for eksempel ved at det kun er ved familieetablering at det stilles krav om at visse utenlandske referansepersoner skal ha arbeidet eller studert i fire år, jf. utl. § 40 a.¹⁸³

Bestemmelsene i utlendingsloven kap. 13 må tolkes EØS-konformt, og reglene skal anvendes i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. utl. § 3. EU-domstolens vide forståelse av begrepet «slutter seg til» er til individets gunst, og må derfor legges til grunn ved fastleggelsen av den norske bestemmelsens innhold. Følgelig må det legges en utvidende forståelse av «gjenforenes» til grunn ved tolkningen av utl. § 110 (2). Familier som først etableres i Norge, omfattes også av bestemmelsen, og dermed kan det ikke skilles mellom «familiegjenforening» og «familieetablering».

3.4.3 Betydningen av ulovlig opphold

Vi har sett at en tredjelandsborger som oppholder seg i Norge og er i familie med en EØS-borger her, har rett til opphold dersom vedkommende er omfattet av lovens definisjon av «familiemedlem» i utl. § 110 (3). Spørsmålet er likevel om det kan kreves at tredjelandsborgeren forut for innreisen skal ha oppholdt seg lovlig i en annen medlemsstat. Dette er ikke uttrykkelig regulert i loven eller i unionsborgerdirektivet. EU-domstolen har imidlertid i *Metock* slått fast at oppholdsretten for tredjelandsborgere etter direktivet ikke begrenses til per-

¹⁸⁰ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 93.

¹⁸¹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 94.

¹⁸² Se Øyen (2013) s. 124 hvor det vises til *Abdulaziz mot Storbritannia*.

¹⁸³ Øyen (2013) s. 120. Flere andre stater søker også å skille mellom disse to formene for familieinnvandring, jf. Costello (2009) s. 601.

soner med tidligere lovlig opphold.¹⁸⁴ Saken gjaldt fire tredjelandsborgere som alle hadde kommet direkte til Irland fra sine respektive hjemstater og søkt om politisk asyl, hvilket de alle fikk avslag på. Alle fire inngikk ekteskap med statsborgere fra andre medlemsstater i EU, som oppholdt seg lovlig i Irland. Som et resultat av EU-domstolens avgjørelse i C-109/01 *Akrich* var det et krav etter irsk rett at tredjelandsborgere som søkte om familiegjening med en EU-borger fra en annen medlemsstat, måtte ha oppholdt seg lovlig i en annen EU-stat før innreise til Irland. I *Akrich* hadde nemlig EU-domstolen slått fast at tidligere lovlig opphold kunne stilles som krav, da forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbeidskraftens frie bevegelighet var taus med hensyn til adgangen til unionens område for en tredjelandsborger som er gift med en unionsborger.¹⁸⁵ I *Metock* finner EU-domstolen at rettssetningen i *Akrich* må «tares opp til fornyet overvejelse», og kommer så til at det ikke kan stilles krav om forutgående lovlig opphold.¹⁸⁶ Dette forankrer EU-domstolen blant annet i at unionsborgerdirektivet ikke inneholder bestemmelser som stiller krav om tidligere lovlig opphold.¹⁸⁷ Domstolen finner at direktivet kommer til anvendelse på alle familiemedlemmer som er omhandlet i unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2, når de kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren, uten at det skal sondres mellom de som forut for dette har oppholdt seg lovlig i EU og de som ikke har det.¹⁸⁸ Domstolen støtter seg også på rettspraksis før innføringen av unionsborgerdirektivet, hvor det vises til at beskyttelse av medlemsstatenes statsborgeres familieliv er viktig for å fjerne hindringene for utøvelse av fri bevegelighet. Domstolen uttaler at utøvelsen av retten til fri bevegelighet ville være «alvorlig hindret» dersom unionsborgeren ikke også har rett til å ha et «normalt familieliv».¹⁸⁹ Vi ser her at EU-domstolen igjen legger stor vekt på at retten til fri bevegelighet skal være effektiv, og vektlegger hensynet til familieliv. Domstolen viser også til rettspraksis forut for *Akrich* om lignende spørsmål, og som heller i en annen retning enn *Akrich*.¹⁹⁰ Domstolen påpeker videre at forordningen (1612/68) er endret ved unionsborgerdirektivet og at et av formålene med direktivet er å «styrke unionsborgernes ret til fri bevægelighet og ophold», slik at unionsborgere ikke må tillegges færre rettigheter etter unionsborgerdirektivet enn de hadde etter tidligere rettsakter som direktivet endrer eller opphever.¹⁹¹

¹⁸⁴ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 70.

¹⁸⁵ Sag C-109/01 *Akrich*, premiss 49-50.

¹⁸⁶ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 58. Costello påpeker at EU-domstolens uttrykkelige tilsidesettelse av tidligere praksis hører til sjeldenhetene, Costello (2009) s. 599.

¹⁸⁷ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 49.

¹⁸⁸ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 54.

¹⁸⁹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 62.

¹⁹⁰ Se sag C-459/99 MRAX, hvor EU-domstolen fant at adgangen til oppholdsrett for unionsborgeres ektefeller ikke kan avhenge av om vedkommende har gyldig visum eller har innreist lovlig på medlemsstatens område, premissene 62 og 80.

¹⁹¹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 59.

EU-domstolens praksis skiller seg her fra det som følger av EMDs praksis når det gjelder retten til familieliv etter EMK art. 8. EMD har slått fast at dersom tredjelandsborgeren oppholdt seg ulovlig i landet på det tidspunktet familierelasjonen ble etablert, vil en utvisning av utlendingen i slike tilfeller bare under «eksepsjonelle omstendigheter» representere et brudd på EMK art. 8.¹⁹²

Det fremgår av forarbeidene til utlendingsloven kap. 13 at Stortingets kommunal- og forvaltningskomité var klar over at *Metock* hadde skapt reaksjoner i flere land, og at Kommissjonen ville utarbeide retningslinjer for tolkningen av unionsborgerdirektivet. Etter brevvekslinger med statsråden gikk flertallet inn for en presisering i forskriftshjemmelen i utl. § 110 (5) som ga mulighet for justeringer i tråd med Kommissjonens varslete retningslinjer.¹⁹³ Som det fremgår av kommentarutgaven til utlendingsloven, har «flertallet [i komiteen] i utgangspunktet [...] akseptert *Metock* som grunnlag for forståelsen av EP/Rdir 2004/38 som del av EØS-avtalen og som grunnlag for tolkning av bestemmelsene i utl kapittel 13».¹⁹⁴ Lovgiver har altså ikke tatt avstand fra EU-domstolens tolkninger av unionsborgerdirektivet i *Metock*, slik disse også gir uttrykk for innholdet i de folkerettslige forpliktelsene unionsborgerdirektivet som EØS-rett gir grunnlag for. Det er til gunst for individet at det ikke kan stilles krav til tidligere lovlig opphold. De norske reglene må derfor forstås slik at tredjelandsborgeres manglende lovlige opphold i EØS før innreise til Norge ikke har betydning for deres rett til familiegjening med en EØS-borger her.

3.5 Tredjelandsborgeres opphold på selvstendig grunnlag

3.5.1 Innledning

Utgangspunktet i utlendingsloven kap. 13 og i unionsborgerdirektivet er at tredjelandsborgeres oppholdsrett i Norge (vertsstaten) er avledet fra og avhenger av EØS-borgerens oppholdsrett. Så lenge EØS-borgeren har oppholdsretten i behold, vil også familiemedlemmet ha det. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt tredjelandsborgeren kan beholde oppholdsretten dersom referansepersonen dør eller reiser ut av Norge, eller etter en skilsmisse. I slike situasjoner kan tredjelandsborgeren i visse tilfeller ha rett til opphold på selvstendig grunnlag.

3.5.2 Referansepersonen dør

Oppholdsretten kan beholdes på personlig grunnlag dersom tredjelandsborgeren forut for dødsfallet har oppholdt seg minst ett år i Norge som familiemedlem, jf. utl. § 114 (3) og unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 2. Retten til opphold er imidlertid betinget av at tredjelandsborgeren oppfyller vilkårene i utl. § 112 (1) litra a, b eller c, jf. unionsborgerdirektivet art. 12

¹⁹² Øyen (2013) s. 124, hvor det vises til *Mitchell mot Storbritannia* og *Nunez mot Norge*.

¹⁹³ Innst. O nr. 33 (2008-2009) s. 2 og 16-18.

¹⁹⁴ Vevstad (2010) s. 641.

nr. 2. Det vil si at vedkommende enten må være arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller tjenesteyter, eller ha tilstrekkelige midler og en dekkende sykeforsikring slik at han eller hun ikke blir en byrde for det norske sosialhjelpssystemet, eller være i familie med en i Norge som oppfyller disse vilkårene.

Vilkårene om minst ett års opphold og økonomisk aktivitet eller selvforsørgelse gjør seg derimot ikke gjeldende for EØS-borgerens *barn*, dersom de oppholder seg i vertsstaten og er opptatt ved en utdanningsinstitusjon, jf. utl. § 114 (3) annet punktum. Dette følger av unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 3. Av direktivet fremgår det at retten til fortsatt opphold gjelder inntil barnet har «avsluttet sine studier». Det følger av norske forarbeider at det antas at dette ikke bare gjelder det utdanningstrinn barnet befinner seg på ved referansepersonens død, men at barnet har rett til opphold for «heile utdanninga», altså utover avslutningen av det nivået i utdanningen vedkommende befinner seg på.¹⁹⁵

Tilsvarende oppholdsrett gjelder for «den personen som har foreldreansvaret», jf. utl. § 114 (3) annet punktum. I unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 3 er dette formulert som «forelderen som har den faktiske omsorgen for barna».

Her er det to spørsmål som fortjener nærmere behandling. For det første hva som ligger i begrepet «barn», og for det andre om bestemmelsen kun omfatter de som har foreldreansvar i ordets juridiske forstand.

Spørsmålet om hva som ligger i begrepet «barn» er spørsmålet om begrepet er å forstå som personer som ikke har nådd myndighetsalder. I utlendingsforskriften § 19-15 (3) heter det at den som har foreldreansvar i disse situasjonene har oppholdsrett inntil barnet er fylt 21 år.¹⁹⁶ Dette innebærer at definisjonen av «barn» ikke er begrenset til myndighetsalder. Det fremgår av unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 3 og utlendingsforskriften § 19-15 (2) at oppholdsretten gjelder inntil barnet har avsluttet studiene. Det er derfor nærliggende å anta at oppholdsretten kan bestå også etter at barnet er fylt 21 år, dersom studiene ikke er avsluttet på dette tidspunktet.

Når det gjelder begrepet «foreldreansvar», bruker den norske oversettelsen av unionsborgerdirektivet begrepet «forelderen som har den faktiske omsorgen». Den engelske versjonen omtaler det som foreldre med «actual custody». Den svenske versjonen viser til foreldre som har

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 36.

¹⁹⁶ Forarbeidene legger opp til at oppholdsretten for personen med foreldremyndighet skal falle bort når barnet når myndighetsalder, jf. Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 36. Grensen er imidlertid satt til 21 år i utlendingsforskriften.

den «faktiska vårdnaden». Det kan se ut til at direktivet ikke sikter til foreldreansvar i juridisk forstand.¹⁹⁷ I forarbeidene til utlendingsloven kap. 13 brukes uttrykket «den person som utøver faktisk foreldremyndighet».¹⁹⁸ Jeg kan derfor ikke se noen grunn til å tillegge en snever forståelse av begrepet «foreldreansvar» i utl. § 114 (3) annet punktum. Følgelig er det den forelder som utøver faktisk omsorg for barnet, som har en rett til videre opphold i disse tilfellene.

3.5.3 Referansepersonen reiser fra vertsstaten

Det følger av hele systematikken og formålet med bestemmelsene i unionsborgerdirektivet, at tredjelandsborgerens oppholdsrett avhenger av at referansepersonen oppholder seg i vertsstaten. Utgangspunktet er derfor at tredjelandsborgeren mister sin oppholdsrett dersom EØS-borgeren forlater landet. Dette følger antitetisk av unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 1 som i slike tilfeller gir en fortsatt rett til opphold for familiemedlemmer som *selv* er EØS-borgere, samt av art. 12 nr. 2 som kun regulerer tredjelandsborgerens fortsatte oppholdsrett ved EØS-borgerens *død*.

Av de samme grunner vil heller ikke en tredjelandsborger som forblir i EØS-borgerens hjemstat når sistnevnte flytter til en annen medlemsstat, ha rett til opphold i EØS-borgerens hjemstat. Dette har EU-domstolen slått fast i C-40/11 *Iida*. Tredjelandsborgerens oppholdsrett kan kun «påberåbes i den værtsmedlemsstat, hvor den pågældende unionsborger har bopæl».¹⁹⁹ Å nekte opphold i *hjemstaten* i en slik situasjon vil ikke være i strid med formålet bak reglene om unionsborgerens rett til fri bevegelighet. Det er manglende oppholdsrett for familiemedlemmet i *vertsstaten* som vil avskrekke unionsborgeren fra å flytte dit.²⁰⁰ Spørsmålet om hva som kan danne grunnlag for en avledet oppholdsrett for tredjelandsborgeren i en situasjon der EØS-borgeren beholder sin *bopel* i hjemstaten, men *arbeider* i en annen medlemsstat, vil bli behandlet i kapittel 5.

Dersom referansepersonen har et barn som går på skole i vertsstaten når førstnevnte forlater vertsstaten, gjelder imidlertid de samme rettighetene som beskrevet ved EØS-borgerens *død*, jf. utl. § 114 (3) og unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 3.

¹⁹⁷ Se også Bull i Vevstad (2010) s. 661.

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 36.

¹⁹⁹ Sag C-40/11 *Iida*, premiss 64.

²⁰⁰ Sag C-40/11 *Iida*, premiss 63.

3.5.4 Skilsmisse

3.5.4.1 Innledning

Også ved skilsmisse eller opphør av samboerskap vil tredjelandsborgeren i visse tilfeller ha en fortsatt oppholdsrett på selvstendig grunnlag. Det følger av utl. § 114 (4), jf. unionsborgerdirektivet art. 13 nr. 2. Norsk rett går på dette punktet lenger enn direktivet krever, og tilkjenner også fraflyttede samboere en slik rett. Vilkårene for oppholdsrett i utl. § 114 (4) litra a til d nevner «ektefelle», men ikke «samboer». Det følger av utlendingsforskriften § 19-15 (4) at bestemmelsene skal gjelde tilsvarende for samboerskap. I det følgende tar jeg utgangspunkt i skilsmisse mellom ektefeller, men antar at det samme gjelder der det er snakk om oppløsning av registrert partnerskap og samlivsbrudd mellom samboere.

3.5.4.2 En styrket rett for tredjelandsborgere

Tredjelandsborgerens rett til fortsatt opphold ved skilsmisse er en selvstendig rett. Den er ikke lenger avledet som følge av ekteskap med unionsborgeren. Dette følger av art. 13 nr. 2 tredje avsnitt. Denne retten til videre opphold er ny i forhold til tidligere direktivregulering og utlendingslovgivning.²⁰¹

Fraskilte tredjelandsborgeres rett til opphold er altså styrket i forhold til tidligere EU/EØS-rettsakter på området. Problematikken omkring disse (tidligere) manglende rettighetene ble påpekt i en rapport utarbeidet av The High Level Panel i 1997. Der ble det vist til at de manglende rettighetene var uheldig spesielt i de situasjoner der vedkommende hadde knyttet bånd til vertsstaten i form av barn eller tilknytning til arbeidsmarkedet. Videre ble det pekt på at tredjelandsborgere befant seg i en sårbar situasjon med tanke på at oppholdsretten avhang av ekteskapet med EØS-borgeren. I slike tilfeller vil en skilsmisse, og følgelig manglende rett til fortsatt opphold, få store negative konsekvenser for tredjelandsborgeren som da vil bli tvunget til å forlate vertsstaten.²⁰² Allerede på 1990-tallet la Kommisjonen frem forslag til endringer i de tidligere rettsaktene for å styrke fraskilte tredjelandsborgeres rettigheter.²⁰³ I denne forbindelse ble det blant annet påpekt at familiemedlemmer av EØS-borgere ikke «fortsat [kunne] betraktes som 'vedhæng' til arbeidstageren på ubestemt tid, især ikke hvor der er tale om et familiemæssigt brud som følge af ægteskabets opløsning».²⁰⁴ Endringene er nå gjennomført i unionsborgerdirektivet. Det fremgår blant annet av unionsborgerdirektivets forale punkt 15 at tredjelandsborgere bør ha rettslig vern etter en skilsmisse, blant annet av hensyn til familielivet og menneskeverdet. Hensikten er å bedre rettsstillingen for fraskilte ektefeller.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 35.

²⁰² High Level Panel rapport (1997) s. 70.

²⁰³ KOM (1998) 394, s. 14.

²⁰⁴ KOM (1998) 394, s. 21.

For alle skilsmissetilfellene er det likevel slik at tredjelandsborgerens fortsatte oppholdsrett er betinget av at vedkommende selv er lønnstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter, selvforsørgende med sykeforsikring med full dekning i vertsstaten, eller familiemedlem til en som oppfyller disse vilkårene, jf. utl. § 114 (4). Dette tilsvarer vilkårene for EØS-borgeres oppholdsrett mellom tre måneder og fem år jf. utl. § 112 (1) og unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1. Etter fem år med lovlig opphold vil tredjelandsborgeren ha en ubetinget rett til varig opphold, jf. utl. § 116 (1) annet punktum, jf. unionsborgerdirektivet art. 18.²⁰⁵

3.5.4.3 *Vilkåret om minimum tre års ekteskap*

Ved skilsmisse mellom ektefeller *uten* barn, er en av forutsetningene for fortsatt oppholdsrett at vedkommende har vært gift med EØS-borgeren i minst tre år hvorav ett av årene i Norge forut for separasjonstidspunktet, jf. utl. § 114 (4) litra a og unionsborgerdirektivet art. 13 nr. 2 litra a.²⁰⁶

3.5.4.4 *Skilsmisse i familier med barn*

I de tilfellene hvor ektefellene har barn, er det ingen krav til ekteskapets varighet. Tredjelandsborgeren har rett til fortsatt opphold dersom vedkommende har foreldreansvaret for EØS-borgerens barn, eller dersom tredjelandsborgeren ved dom eller avtale «utøver samvær med barn i Norge», jf. utl. § 114 (4) litra b og d. Dette følger av bestemmelsene i unionsborgerdirektivet art. 13 nr. 2 litra b og d. Den norske bestemmelsen om fortsatt oppholdsrett som følge av samvær med barn favner videre enn direktivbestemmelsen, da den ikke krever at slikt samvær «anses nødvendig». Dette er imidlertid ikke problematisk i forhold til EØS-avtalens krav, da unionsborgerdirektivet er et minimumsdirektiv som ikke berører «lover og forskrifter i medlemsstatene som er gunstigere» for de berørte personer, jf. art. 37.

²⁰⁵ At denne situasjonen ikke er utelukkende teoretisk, viser en upublisert dom fra Oslo tingrett av 17. mars 2015, hvor en senegalesisk statsborger som var skilt fra en svensk statsborger i Norge ikke hadde rett til varig opphold, da han ikke kunne bevise at han selv oppfylte vilkårene om tilstrekkelige midler i utl. § 112 (1) etter skilsmissen.

²⁰⁶ Et særlig spørsmål som kan oppstå er hvordan forholdet mellom reglene i unionsborgerdirektivet art. 12 (om referansepersonens utreise) og art. 13 (om skilsmissepituasjoner) skal tolkes. Nærmere bestemt spørsmålet om hvilken bestemmelse som skal regulere en situasjon der referansepersonen har forlatt vertsstaten før skilsmisseplassen igangsettes, selv om ekteskapet har vart i mer enn tre år og minst ett av dem i vertsstaten. Spørsmålet verserer for tiden i en sak for EU-domstolen (sag C-218/14). Generaladvokat Kokott har i sitt forslag til avgjørelse tatt utgangspunkt i unionsborgerdirektivets ordlyd, og lagt til grunn at denne situasjonen reguleres av reglene om utreise (art. 12): Tredjelandsborgeren mister oppholdsretten i det øyeblikk referansepersonen flytter. Når oppholdsretten er opphørt, vil det ikke lenger være en oppholdsrett å «beholde» etter art. 13 nr. 2 litra a), jf. generaladvokat i sag C-218/14, særlig premiss 27, 44 og 50. Generaladvokatuttalelsen er blitt kritisert av professor Peers på hans blogg (2015).

3.5.4.5 Særlig om barn av arbeidstakere

Hvis barna er i skolealder og EØS-borgeren er eller har vært *arbeidstaker* i Norge, styrkes den fraskilte tredjelandsborgerens rettigheter betraktelig i henhold til forordning (EU) nr. 492/2011.²⁰⁷ Forordningen gjelder som norsk lov i EØS-arbeidstakarlova. Forordningen skal derfor tolkes i overensstemmelse med EU-domstolens praksis. Det følger av forordningen art. 10 (tidligere art. 12 i forordning (EØF) nr. 1612/68) at barn av arbeidstakeren (eller den forhenværende arbeidstakeren), har rett til adgang til skole og utdanning i denne staten på *samme vilkår* som statens egne statsborgere. Av bestemmelsen følger også en plikt for vertsstaten til å legge til rette for at barna kan følge undervisningen på best mulige vilkår. Denne retten følger av formålet om at arbeidstakeren og dennes familie skal sikres integrasjon i vertsstaten.²⁰⁸ EU-domstolen har lagt til grunn at denne plikten for vertsstaten – og den korresponderende retten for barna – innebærer at den forelderen som har den faktiske omsorgen for barnet, gis rett til opphold, da dette er nødvendig for at barnet skal kunne fullføre skolegangen.²⁰⁹ Å nekte foreldrene oppholdsrett ville frata barna den rett de er gitt i medhold av EU-reglene.²¹⁰

EU-domstolen har også slått fast at barnets rett til adgang til undervisning etter forordningen utgjør en selvstendig oppholdsrett som ikke avhenger av at andre vilkår er oppfylt. Barnets oppholdsrett er for eksempel ikke underlagt foreldrenes rett til opphold i vertsstaten.²¹¹ Doms-tolen har videre slått fast i C-310/08 *Ibrahim* at foreldrenes rett til opphold etter forordningen art. 10 ikke er underlagt vilkårene i unionsborgerdirektivet.²¹² Forordningen art. 10 medfører dermed at en forelder som faktisk passer et barn som har rett til opphold på grunn av skolegang i vertsstaten, har rett til opphold uavhengig av om de for eksempel har tilstrekkelige midler eller er arbeidstaker. Denne retten gjelder også for foreldre som er tredjelandsborgere og skilt fra referansepersonen.²¹³

EU-domstolen har slått fast i C-480/08 *Teixeira*, at den avledede oppholdsretten kan bestå også etter at barnet har blitt myndig. Dersom barnet har behov for foreldrenes «tilstedeværelse og omsorg» for å kunne fullføre utdanning, har forelderen rett til opphold inntil utdanningen

²⁰⁷ Forordning (EU) nr. 492/2011 om arbeidskraftens frie bevegelighet innen EU er en kodifisering av forordning (EØF) nr. 1612/68. Rettspraksis vedrørende den tidligere forordningen vil være relevant ved tolkningen av den nye.

²⁰⁸ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 51 og sag C-480/08 *Teixeira*, premiss 66.

²⁰⁹ Bestemmelsen skiller seg fra unionsborgerdirektivet art. 12 nr. 3 om opphold for barn og foreldre under barnets skolegang, da forordningen art. 10 også gjelder ved skilsmisse – ikke kun ved dødsfall eller EØS-borgerens utreise.

²¹⁰ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 71.

²¹¹ Sag C-310/08 *Ibrahim*, premiss 40.

²¹² Sag C-310/08 *Ibrahim*, premiss 50.

²¹³ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 75.

er fullført.²¹⁴ Saken gjaldt en portugisisk kvinne som hadde bodd, og til tider arbeidet, i Storbritannia i flere år. Hennes tidligere mann, som også var portugisisk, hadde vært arbeidstaker der. De hadde fått en datter sammen i Storbritannia, og var senere skilt. Datteren startet på en utdanning i Storbritannia da hun var 15 år. Kort tid etter flyttet hun inn hos moren. Moren søkte på det tidspunktet om opphold og boligstøtte. Innen saken var ferdig behandlet i rettsystemet, var datteren fylt 18 år. EU-domstolen viste blant annet til rettspraksis hvor det var slått fast at det å underkaste art. 12 i forordningen (nå art. 10) en aldersbegrensning, var i strid med bestemmelsens ordlyd og ånd.²¹⁵ Det var imidlertid opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt datteren faktisk hadde behov for morens tilstedeværelse.²¹⁶ Avgjørelsen er fulgt opp i C-529/11 *Tijani*.²¹⁷ Saken gjaldt oppholdsrett i Storbritannia for en nigeriansk kvinne og hennes nigerianske sønn. De hadde begge oppholdt seg i Storbritannia som henholdsvis ektefelle av en unionsborger som var arbeidstaker fra en annen medlemsstat, og slektning i nedstigende linje som ble forsørget av unionsborgeren. Sønnen hadde tatt utdanning i Storbritannia mens ektefellene fortsatt var gift. De ble skilt i 2010. Da saken ble bragt inn for EU-domstolen i 2011, var sønnen opptatt som PhD-student ved Edinburgh University. Sønnen var da 23 år gammel. Domstolen understreket at spørsmålet om barnet fortsatt har behov for foreldrenes omsorg etter myndighetsalderen er nådd, er et «faktuelt spørsmål» som er opp til den nasjonale domstolen å avgjøre. I vurderingen av om det foreligger et reelt behov for foreldrenes tilstedeværelse kan den nasjonale domstolen ta stilling til omstendigheter som er særegne for saken, blant annet barnets alder, oppholdet i familiens hjem, eller behovet for økonomisk eller følelsesmessig støtte for å gjennomføre studiene.²¹⁸

Barn i skolealder gir altså en styrket rett til opphold for forelderen etter skilsmisse dersom referansepersonen er eller var *arbeidstaker* i vertsstaten, en rett som kan ha betydning selv der utdanningen det er tale om er slik som gjennomføres i voksen alder, og etter at annen utdanning er fullført. Man kan spørre hvorvidt reglene skal tolkes utvidende i den andre retningen, slik at de også gjelder når man har barn i barnehage. Dette vil bero på hvorvidt de samme hensynene gjør seg gjeldende for barnehagebarn. Hensynet bak reglene om at barna skal ha rett til å fullføre utdanning i vertsstaten, bygger på formålet om å gjennomføre arbeidskraftens frie bevegelighet. Dette innebærer blant annet at det skal legges til rette for familiens integrasjon i vertsstaten samfunn, jf. punkt 6 i fortalen til forordning (EU) nr. 492/2011. Skolegang og utdanning blir av lovgiver ansett som en kilde til integrasjon. Hvorfor forholder det seg ikke på samme måte med barnehage? Det er nærliggende å tenke at en grunn kan være at bar-

²¹⁴ Sag C-480/08 *Teixeira*, premiss 86-87.

²¹⁵ Sag C-480/08 *Teixeira*, premiss 83.

²¹⁶ Sag C-480/08 *Teixeira*, premiss 86.

²¹⁷ Sag C-529/11 *Tijani*, premiss 29-31.

²¹⁸ Sag C-529/11 *Tijani*, premiss 30.

nehageinstituttet ikke står like sterkt som skolen som institusjon i EU/EØS. I Norge er vi de siste tiårene blitt vant til å anse barnehage som integrasjonsfremmende. Det skaper tilknytning og tilhørighet til det norske samfunnet. Det gir sosial og språklig kompetanse til barn i førskolealder og ruster dem til senere skolegang og utdanning. Det er ikke gitt at denne tankegangen deles fullt ut i andre EU/EØS-stater. I mange andre stater i EU/EØS kan det også være mindre vanlig at barna går i daginstitusjon før skolealder. Skolegang og utdanning gir sannsynligvis større og mer felles assosiasjoner til integrasjon og tilhørighet til miljøet. En annen side er at skolegang er en grunnleggende rettighet etter EMK TP1 art. 2. Det samme gjelder ikke for barnehage. Dette er kanskje en medvirkende faktor til at retten til skolegang etter forordningen står så sterkt. Selv om barnet rent faktisk er integrert i vertsstatens samfunn gjennom tilhørighet i en barnehage, vil jeg anta at reglene om selvstendig oppholdsrett etter forordningen art. 10 ikke kommer til anvendelse på disse barna og deres foreldre. Det er imidlertid ingenting i veien for at en slik rett gis etter norske regler. Norske myndigheter er ikke avskåret fra å gi bedre rettigheter enn det som følger av EØS-retten.

3.5.4.6 *Vilkåret om «særlig vanskelig situasjon»*

Kravet til ekteskapets varighet gjør seg ikke gjeldende der tredjelandsborgeren eller eventuelle barn «har vært utsatt for vold eller andre alvorlige overgrep i ekteskapet», jf. utl. § 114 (4) litra c. Bestemmelsen bygger på unionsborgerdirektivet art. 13 nr. 2 litra c. Ordlyden i den norske bestemmelsen skiller seg fra direktivet. I unionsborgerdirektivet heter det at tredjelandsborgeren har selvstendig oppholdsrett etter skilsmisse dersom det foreligger en «særlig vanskelig situasjon, f.eks. å ha vært utsatt for vold i hjemmet mens ekteskapet [...] varte», jf. art. 13 nr. 2 litra c. Direktivbestemmelsen nevner vold i hjemmet som *eksempel* på hva som kan utgjøre en slik særlig vanskelig situasjon. Den norske bestemmelsen omtaler imidlertid kun vold og mishandling, men unnlater å benytte uttrykket «særlig vanskelig situasjon». Det kan tenkes at en «særlig vanskelig situasjon» innebærer mer enn vold og mishandling av ektefelle og barn. Den norske bestemmelsens ordlyd kan derfor virke misvisende, og rekkevidden av bestemmelsen er etter ordlyden snevrere enn etter unionsborgerdirektivet. Bestemmelsens innhold må derfor fastlegges nærmere. Selv om det er usikkert hvor hyppig denne bestemmelsen anvendes i praksis, har en riktig tolkning stor betydning for dem det gjelder.

Det kan se ut som forarbeidene er basert på en gal tolkning av direktivbestemmelsen. Departementet viser til direktivbestemmelsen og uttaler at et av vilkårene for selvstendig oppholdsrett etter skilsmisse er at det «ligg føre ein særleg vanskeleg situasjon, og ektefellen har vore utsett for vald i heimen under ekteskapet eller partnerskapet, slik at samlivet er oppløyst som *ei følgje av dette*».²¹⁹ Det virker som departementet har forstått det slik at det skal foreligge to

²¹⁹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 35 (min uth.).

kumulative vilkår og en årsakssammenheng: Vilkåret om «ein særleg vanskeleg situasjon» i tillegg til et vilkår om «vald i heimen», og dernest at det er et vilkår at volden har medført skilsmisse. UDIs rundskriv gir ikke videre veiledning om dette, men anvender samme formulering som forarbeidene.²²⁰

Jeg forstår imidlertid direktivbestemmelsen slik at det *eneste* vilkåret er at det skal foreligge en «særlig vanskelig situasjon». Vold i hjemmet er ment som et eksempel på hva dette kan innebære, jf. ordlyden i både norsk, engelsk og fransk versjon. Den danske versjonen kan riktignok indikere at det dreier seg om kumulative vilkår. Jeg tolker det likevel slik at henvisningen til vold ikke utgjør en uttømmende liste. Dette er også synspunktet til Guild m.fl.²²¹ Jeg forstår heller ikke unionsborgerdirektivet slik at det er et vilkår at den særlig vanskelige situasjonen skal være selve *årsaken* til skilsmissen. Selv om det sannsynligvis ofte er en slik årsakssammenheng i praksis, er ikke dette et vilkår i henhold til direktivet.

Slik jeg oppfatter det, har lovgiver forsøkt å gjennomføre direktivbestemmelsen korrekt. Det ser ikke ut til at den avvikende ordlyden er et bevisst valg fra lovgivers side. En tolkning av den norske bestemmelsen i samsvar med EØS-retten, er i dette tilfellet til gunst for individet. I henhold til utl. § 3, må derfor den norske bestemmelsen anvendes i samsvar med den tilsvarende direktivbestemmelsen. Dermed kan det ikke legges til grunn en snever tolkning av den norske bestemmelsen. Dersom også andre omstendigheter enn vold og andre alvorlige overgrep kan anses å falle inn under betegnelsen «særlig vanskelig situasjon», skal også dette gi grunnlag for fortsatt opphold etter utl. § 114 (4) litra c. Spørsmålet er således hva som ligger i begrepet «særlig vanskelig situasjon».

Unionsborgerdirektivet selv gir få anvisninger på hva dette kan være. Så vidt jeg kan se, foreligger det heller ikke noen avgjørelser fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som kan belyse dette nærmere. Under utarbeidelsen av direktivet ble det diskutert hvordan bestemmelsen kunne utformes for å klargjøre hvilke situasjoner det her ble siktet til. I det opprinnelige forslaget til direktivtekst var ikke eksempelet om vold skrevet inn. Kommisjonen ga uttrykk for at formuleringen i artikkelen var vag, men at den blant annet kunne anvendes ved tilfeller av vold i hjemmet.²²² I det økonomiske og sosiale utvalgets uttalelse til kommisjonens forslag, fremgår det at utvalget også finner uttrykket «tvetydige og uklare» og at ordlyden burde være mer presis. Utvalget foreslo at bestemmelsen uttrykkelig burde vise til vold i hjemmet og lignende, både psykisk og fysisk.²²³ Under forhandlingene ble det også foreslått å vise til huma-

²²⁰ RS 2010-025, punkt 4.2.3.

²²¹ Guild (2014) s. 169.

²²² KOM (2001) 257 Kommisjonens kommentar til artiklene, art. 13 nr. 2 litra c.

²²³ Det Økonomiske og Sosiale Udvalgs uttalelse (2002) s. 49.

nitære grunner som eksempel. Dette forslaget ble forkastet.²²⁴ Den endelige teksten som ble vedtatt viser altså til vold i hjemmet som et eksempel. Kommisjonen påpeker at endringen «vil få positiv indvirkning på situationen for kvinner, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, og som måske ellers ville være tvunget til at finde sig i vold af frygt for at miste deres opholdsret, hvis de krævede skilsmisse eller separation».²²⁵

En gjennomgang av forarbeidene til unionsborgerdirektivet gir ikke stort mer innsikt i hva som ligger i begrepet «særlig vanskelig situasjon». På bakgrunn av EU-domstolpraksis om betydningen av forkastede forslag ved tolkning av bestemmelser, kan «humanitære grunner» i sin alminnelighet neppe begrunne at det foreligger en «særlig vanskelig situasjon».²²⁶ «Humanitære grunner» er imidlertid et like vagt uttrykk som «særlig vanskelig situasjon», så det vil være vanskelig å skille mellom hva som omfattes av det ene begrepet og hva som omfattes av det andre. Selve ordlyden «særlig vanskelig situasjon» tyder i alle fall på at terskelen er høy. Det er imidlertid ikke ensbetydende med at eksempelet med vold er uttømmende.

3.5.5 Forholdet til gunstigere regler i utlendingsloven

Utlendingslovens øvrige regler inneholder bestemmelser som regulerer retten til videre opphold for tredjelandsborgere som har hatt oppholdstillatelse etter familieinnvandringsreglene i utl. §§ 40 og 41 (lovens kap. 6), og som befinner seg i situasjoner som ligner de jeg har beskrevet ovenfor. Disse tredjelandsborgerne kan i visse tilfeller ha rett til fortsatt opphold på selvstendig grunnlag i henhold til utl. § 53. Dette gjelder blant annet der referansepersonen dør, jf. § 53 (1) litra a, eller der samlivet har opphørt og det er grunn til å anta at utlendingen eller barna har vært utsatt for mishandling, jf. § 53 (1) litra b. Bestemmelsene minner umiddelbart om de jeg har gjennomgått ovenfor, henholdsvis § 114 (3) om fortsatt opphold ved EØS-borgerens død og § 114 (4) litra c om fortsatt opphold etter skilsmisse ved en særlig vanskelig situasjon. En viktig forskjell er imidlertid at fortsatt oppholdstillatelse etter reglene i utl. kap. 6, *ikke* er betinget av at tredjelandsborgeren er økonomisk aktiv eller selvforsørgende med en dekkende sykeforsikring (slik vilkårene er i utl. kap. 13).

Vilkåret om økonomisk aktivitet eller selvforsørgelse i utl. § 114 gjør at bestemmelsen ikke favner vidt nok til å omfatte de aller svakest stilte: Tredjelandsborgere som enten mister sin ektefelle ved dødsfall eller kommer seg ut av et skadelig samliv, og i tillegg står utenfor arbeidslivet eller mangler tilstrekkelige økonomiske midler til fortsatt opphold. Reglene om fortsatt opphold i utl. § 53 (1) (lovens kap. 6) kan derfor ses på som gunstigere regler for tredjelandsborgere i slike situasjoner.

²²⁴ SEK (2003) 1293, punkt 3.2.1.2.

²²⁵ KOM (2003) 199, s. 7.

²²⁶ Se avsnitt 1.4.5 og sag C-628/13, premiss 37 og sag C-477/13, premiss 33.

Spørsmålet i det følgende er om tredjelandsborgere med oppholdsrett etter utl. kap. 13 kan være omfattet av de gunstigere reglene for fortsatt opphold i lovens kap. 6. Problemstillingen er todelt. For det første er det et spørsmål om unionsborgerdirektivet *forplikter* norske myndigheter til å gi oppholdstillatelse etter de gunstigere reglene i utl. § 53 (1) litra a og b. Hvis svaret er nei, må det vurderes hvorvidt norske myndigheter, i henhold til norsk rett, har *anledning* til å gi fortsatt opphold etter de gunstigere reglene. Det siste spørsmålet er en norsk forvaltningsrettslig problemstilling, som det favner for vidt å gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

Det følger av unionsborgerdirektivet art. 37 at direktivbestemmelsene ikke berører nasjonale regler som er mer gunstige for de personene det omfatter. Spørsmålet er om denne regelen forplikter medlemsstatene til å anvende utlendingslovens øvrige regler dersom de er mer gunstige enn de som følger av utl. kap. 13. EU-domstolen har uttalt at art. 37 ikke på noen måte innebærer at gunstigere nasjonale regler «skal integreres i den ordning, der er indført med [unionsborgerdirektivet]». ²²⁷ Bestemmelsen innebærer kun at medlemsstatene har anledning til å innføre et system som er gunstigere enn det som følger av direktivet. Det er opp til medlemsstatene å bestemme «betingelserne og virkningene heraf, herunder retsvirkningerne af en ret til ophold meddelt alene i henhold til national ret». ²²⁸ Sitatene fra EU-domstolen stammer fra en sak som gjaldt spørsmålet om rett til varig opphold i henhold til unionsborgerdirektivet art. 16 for personer som hadde hatt lovlig opphold etter nasjonale innvandringsregler i mer enn fem år. EU-domstolen fant at rett til varig opphold etter art. 16 er betinget av at vedkommende har oppholdt seg i vertsstaten i henhold til vilkårene i unionsborgerdirektivet art. 7. ²²⁹ Det vil si at dersom vedkommende har hatt lovlig opphold etter nasjonal rett, men uten at vilkårene om for eksempel tilstrekkelige midler var oppfylt, vil ikke unionsborgerdirektivet art. 16 gi vedkommende rett til varig opphold.

I forarbeidene til utlendingsloven er det lagt til grunn at unionsborgerdirektivet art. 37 er gjennomført i utl. § 109 (3). ²³⁰ Av bestemmelsen fremgår følgende:

«Oppholdsrett etter dette kapitlet er ikke til hinder for oppholdstillatelse for utlendinger som nevnt i første ledd etter lovens alminnelige bestemmelser.» (min uth.)

²²⁷ Forenede sager C-424/10 og C-425/10, premiss 49.

²²⁸ Forenede sager C-424/10 og C-425/10, premiss 50.

²²⁹ Forenede sager C-424/10 og C-425/10, premiss 51.

²³⁰ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 26.

I forarbeidene er kravet i unionsborgerdirektivet art. 37 utlagt slik at «det verken må skje diskriminering av EØS-borgere til fordel for egne borgere eller i forhold til regler som gjeld for løyve til tredjelandsborgere».²³¹ Det legges opp til at noen av lovens alminnelige regler skal supplere reglene i kap. 13 og fungere som rammevilkår. Dette vil typisk være visse saksbehandlingsregler, alminnelige bestemmelser etc. Andre regler skal fungere i et tosporet system der EØS-borgere og deres familie skal kunne hevde rettigheter etter andre kapitler i loven. Dette innebærer for eksempel at dersom det er gunstigere for EØS-borgeren å søke om oppholdstillatelse etter utlendingsloven kap. 3 eller 4, skal det være åpent for det.²³²

Forholdet mellom utl. kap. 13 og lovens øvrige regler er regulert nærmere i forskrift, jf. utl. § 109 (4). Utlendingsforskriften §§ 19-2 til 19-5 regulerer spørsmålet om hvordan reglene i utl. kap. 6, herunder § 53 (1), kan komme til anvendelse på tredjelandsborgere som har vært gift med en EØS-borger med oppholdsrett etter kap. 13. Det følger av forskriften § 19-3 (3) at

«[f]amiliemedlemmene til en referanseperson som er EØS-borger med oppholdsrett, kan ikke få oppholdstillatelse etter lovens kapittel 6 uten at referansepersonen har oppholdstillatelse etter lovens kapittel 3 eller 4» (min uth.).

Reglene om oppholdstillatelse etter utlendingsloven kap. 3 og 4 stiller andre vilkår og følger andre administrative prosedyrer enn reglene om oppholdsrett etter kap. 13. Dette kan ses på som to forskjellige systemer. Det vil si at dersom referansepersonen (EØS-borgeren) ikke har søkt om og fått oppholdstillatelse etter kap. 3 eller 4, men i stedet har oppholdsrett etter kap. 13, vil ikke familiemedlemmene ha rett til oppholdstillatelse etter lovens kap. 6. EØS-borgeren og tredjelandsborgeren vil da høre til under systemet i kap. 13, og ikke under lovens øvrige system for oppholdstillatelser. Dette innebærer at en tredjelandsborger som har vært gift med en EØS-borger med oppholdsrett etter kap. 13 (ikke oppholdstillatelse etter kap. 3 eller 4), ikke har rett til fortsatt opphold etter de gunstigere reglene i utl. § 53 (1). Referansepersonens disposisjoner er altså avgjørende for hvilke rettigheter tredjelandsborgeren har etter dødsfall eller en skilsmisse i en særlig vanskelig situasjon. Dersom tredjelandsborgeren er så «heldig» at EØS-borgeren, som utøvet vold i ekteskapet, hadde oppholdstillatelse etter lovens kap. 6, vil vedkommende ha en ubetinget rett til opphold etter skilsmissen, jf. § 53 (1). Dersom EØS-borgeren ikke har «tatt bryet» med å søke om oppholdstillatelse, men heller oppholdt seg i landet på grunnlag av oppholdsretten i medhold av EØS-regelverket, vil tredjelandsborgeren stilles i en svakere posisjon. Dette er et uheldig utfall av systematikken i reglene.

²³¹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 25.

²³² Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 52.

Dette tosporede systemet innebærer likevel ikke noe brudd på unionsborgerdirektivet art. 37, da det er opp til Norge å bestemme vilkårene for og virkningene av utlendingslovens øvrige system. Norge er altså ikke EØS-rettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse til personer etter et annet system enn det som følger av kap. 13. Direktivet hindrer derimot ikke norske myndigheter i å gjøre dette, dersom det er grunnlag for det etter norsk rett. Og uavhengig av hva som er gjeldende rett, kan det være gode grunner for å gi disse sårbare tredjelandsborgerne rett til fortsatt opphold etter utl. § 53 (1).

4 Hjemkomstproblematikken

4.1 Innledning

I kapittelet om vertsstatsperspektivet har jeg gjort rede for reglene om familiejenforening mellom EØS-borgere som oppholder seg i Norge og deres familiemedlemmer fra tredjeland. Hjemkomstproblematikken oppstår der en *norsk* statsborger har hatt opphold i en annen medlemsstat sammen med familien (fra et tredjeland), og deretter flytter *tilbake* til Norge. Dette kalles også «sekundær bevegelighet».²³³ Spørsmålet i det følgende er om denne formen for fri bevegelighet kan danne grunnlag for familiemedlemmenes oppholdsrett i Norge. Dette er regulert i utl. § 110 (2) annet punktum. Bestemmelsen fastsetter at familiemedlemmer som «følger eller gjenforenes med» en *norsk* borger som returnerer til Norge «etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet» i henhold til EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land, er omfattet av reglene i utlendingsloven kap. 13.

Her er det behov for presisering av to vilkår. For det første må det avklares hva som ligger i begrepet «utøvet retten til fri bevegelighet». For det andre må det analyseres nærmere hva det vil si at et familiemedlem «følger eller gjenforenes» med den norske borgeren som returnerer. Utlendingsloven § 110 (2) annet punktum er utformet med bakgrunn i EU-domstolens praksis. EU-domstolen har slått fast at familiemedlemmer kan ha en avledet oppholdsrett i slike hjemreisesituasjoner, og at unionsborgerdirektivets bestemmelser da skal anvendes analogisk for så vidt gjelder hvilke betingelser oppholdsretten er underlagt. Praksis fra EU-domstolen er derfor viktig ved tolkningen av bestemmelsen. I det følgende vil jeg drøfte betydningen av utl. § 110 (2) annet punktum, herunder overførbarheten av EU-domstolens praksis til EØS (særlig der spørsmålet gjelder nordmenn som ikke har vært økonomisk aktive).

4.2 Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Restriksjonsforbudet

4.2.1 Innledning

Unionsborgerdirektivet regulerer i utgangspunktet retten til innreise og opphold i en *annen* medlemsstat enn unionsborgerens hjemstat.²³⁴ Hjemkomstsituasjonene befinner seg derfor utenfor direktivets saklige anvendelsesområde. EU-domstolen har imidlertid slått fast at å nekte oppholdsrett for tredjelandsborgere som er i familie med hjemvendende unionsborgere, utgjør en hindring for unionsborgerens utøvelse av retten til fri bevegelighet.²³⁵ Grunnlaget for en eventuell avledet oppholdsrett følger derfor ikke av unionsborgerdirektivet, men av restriksjonsforbudet i traktabestemmelsene om fri bevegelighet for personer.

²³³ Broberg (2014) s. 514.

²³⁴ Jf. unionsborgerdirektivet art. 3 nr. 1.

²³⁵ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 46-47.

4.2.2 Fri bevegelighet for økonomisk aktive

Familiemedlemmer til returnerende EU/EØS-borgere kan ha en avledet oppholdsrett i sistnevntes hjemstat. Dette ble slått fast i C-370/90 *Singh*. Saken gjaldt en britisk statsborger og hennes kinesiske ektefelle. Etter å ha vært arbeidstakere i Tyskland i to og et halvt år, vendte de tilbake til Storbritannia for å etablere selvstendig næringsvirksomhet.²³⁶ EU-domstolen la vekt på at en statsborger i en medlemsstat «kunne opgive at forlade sit oprindelsesland» for å utøve lønnet arbeid *eller* selvstendig næringsvirksomhet i en annen medlemsstat i henhold til traktaten art. 48 og 52 (nå art. 45 og 49 TEUF), dersom vedkommende ved tilbakevending ikke var underlagt like gode vilkår med hensyn til innreise og opphold som etter EU-retten. Herunder vilkårene for familiens oppholdsrett.²³⁷ EU-domstolen behandler retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og etableringsretten parallelt gjennom dommens premisser. Den faktiske situasjonen som ga bakgrunn for foreleggelsen gjaldt som nevnt at Singh hadde vært arbeidstaker i *vertsstaten*, og etablert selvstendig næringsvirksomhet da hun vendte *hjem*. EU-domstolen besvarer derfor det prejudisielle spørsmålet med at hjemstaten er forpliktet til å tillate innreise og opphold for ektefeller (uavhengig av nasjonalitet) som sammen med referansepersonen har reist til en annen medlemsstat hvor sistnevnte utøvet lønnet arbeid (art. 45 TEUF), og som deretter returnerer til hjemstaten hvor referansepersonen etablerer selvstendig næringsvirksomhet (art. 49 TEUF).²³⁸

Femten år senere behandlet EU-domstolen C-291/05 *Eind*, som gjaldt en nederlandsk statsborger som i overkant av halvannet år hadde hatt lønnet arbeid i Storbritannia. Hans surinamske datter hadde ankommet direkte fra Surinam til Storbritannia og blitt gjenforent med ham der. Begge hadde hatt oppholdsrett i henhold til forordning (EØF) nr. 1612/68 art. 10.²³⁹ Deretter flyttet de to til Nederland. Eind fortsatte ikke med lønnet arbeid da han kom hjem, men mottok sosialhjelp på grunn av sykdom. Datteren hadde likevel ifølge EU-domstolen en avledet oppholdsrett i Nederland når faren vendte tilbake dit. Denne oppholdsretten var ikke begrunnet i at hun hadde hatt opphold i henhold til forordningen i Storbritannia, da rettsvirkningene av oppholdsrett etter forordningen var begrenset til Storbritannias område.²⁴⁰ EU-domstolen la vekt på traktbestemmelsene om fri bevegelighet for arbeidstakere og unionsborgere generelt, og uttalte at en statsborger i en medlemsstat «kan afstå» fra å reise til en annen medlemsstat som arbeidstaker, dersom han «ikke har sikkerhet for» at han kan returnere til

²³⁶ Sag C-370/90 *Singh*, premiss 3.

²³⁷ Sag -370/90 *Singh*, premiss 19-20.

²³⁸ Sag C-370/90 *Singh*, premiss 25.

²³⁹ Tilsvarende unionsborgerdirektivet art. 7.

²⁴⁰ Sag C-291/05 *Eind*, premiss 25.

hjemstaten.²⁴¹ Utsikten til ikke å kunne opprettholde et familieliv som er etablert i vertsstaten, kunne ha en «demotiverende virkning»²⁴² på unionsborgeren. Domstolen uttaler deretter:

«Hindringerne for familiesammenføring kan således udgøre en restriktion for den ret til fri bevægelighed, som medlemsstaternes statsborgere udleder af fællesskabsretten, idet en fællesskabsarbejdstagers tilbagevenden til den medlemsstat, hvori den pågældende er statsborger, ikke kan anses for et rent internt anliggende.»²⁴³

Det hadde ikke betydning at datteren ikke bodde sammen med faren i Nederland og ikke hadde oppholdsrett der før han reiste til Storbritannia.²⁴⁴

Singh og *Eind* gjaldt personer som hadde vært økonomisk aktive i versstaten. Traktatbestemmelsene som dannet grunnlag for familiemedlemmenes avledede oppholdsrett gjenspeiles i EØS-avtalen art. 28 (art. 45 TEUF) og 31 (art. 49 TEUF). Selv om EU-domstolen i *Eind* viser til traktatbestemmelsen om unionsborgerskapet, er denne henvisningen mer å forstå som et støtteargument.²⁴⁵ Det egentlige rettsgrunnlaget var, slik jeg forstår det, art. 39 EF (nå art. 45 TEUF). Avgjørelsene gir derfor også uttrykk for gjeldende EØS-rett. Opphold i andre medlemsstater i henhold til EØS-avtalen art. 28 og 31 vil helt klart innebære at man har «utøvet retten til fri bevegelighet», jf. utl. § 110 (2) annet punktum. Jeg ser ingen grunn at det samme ikke også gjelder for EØS-avtalen art. 36 (tjenesteytere).

4.2.3 Personell utvidelse av regelen: Inkludering av ikke økonomisk aktive

4.2.3.1 Innledning

C-456/12 *O og B*, avsagt i 2014, gjaldt retursituasjonen for personer som ikke hadde vært økonomisk aktive i vertsstaten, men som hadde benyttet retten til fri bevegelighet som unionsborgere, jf. art. 21 TEUF. Saken gjaldt oppholdsrett for to tredjelandsborgere (O og B) som var henholdsvis ektefelle og partner med hver sin nederlandske statsborger. De nederlandske statsborgerne bodde i Nederland, mens O bodde i Spania og B bodde i Belgia. O's ektefelle bodde sammen med O i Spania i en periode på to måneder. B's partner oppholdt seg hos B i Belgia hver helg i løpet av en periode på ca. to år. O og B flyttet deretter til sine respektive referansepersoner i Nederland. Spørsmålet var om situasjonene var omfattet av EU-retten og om rettspraksis fra *Singh* og *Eind* kunne komme til anvendelse. EU-domstolen

²⁴¹ Sag C-291/05 *Eind*, premiss 35.

²⁴² Sag C-291/05 *Eind*, premiss 36.

²⁴³ Sag C-291/05 *Eind*, premiss 37.

²⁴⁴ Sag C-291/05 *Eind*, premiss 33-34.

²⁴⁵ Sag C-291/05 *Eind*, premiss 32, hvor det heter at fortolkningen «understøttes» av innføringen av unionsborgerskapet.

viste til resonnementet i de to tidligere dommene om hvordan en unionsborger som er arbeidstaker «kunne blive afskrækket fra» å forlate sin hjemstat på grunn av «fraværet af sikkerhed for» å kunne fortsette familielivet som var blitt innledet i vertsstaten, når vedkommende returnerte til hjemstaten.²⁴⁶ Domstolen fant at rettspraksis fra *Singh* og *Eind* får generell anvendelse på familiemedlemmer av unionsborgere som har benyttet retten til fri bevegelighet i henhold til art. 21 TEUF. Begrunnelsen for dette er den samme, nemlig at en slik avledet oppholdsrett i hjemstaten vil tjene til å «fjerne den samme type hindring for udrejse» fra hjemstaten som det som var tilfellet i *Singh* og *Eind*.²⁴⁷

Dette er en personell utvidelse av Singh-regelen. Retten til familiegjenforening ved retur omfatter nå alle unionsborgere som har benyttet retten til fri bevegelighet i henhold til art. 21 TEUF – også de som ikke har vært økonomisk aktive i vertsstaten. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget. EU-domstolen oppstilte en regel om at oppholdet i vertsstaten «*reelt* [skal ha] kunnet sette den pågældende i stand til at *opbygge* eller *konsolidere* et familieliv» der.²⁴⁸ Oppholdet i vertsstaten må altså ha vært «tilstrekkelig reelt» og vedkommende må ha etablert eller styrket et familieliv der. Disse vilkårene vil jeg komme tilbake til under avsnittene 4.2.3.3 og 4.2.3.4.2. Da den avledede oppholdsretten følger av restriksjonsforbudet i art. 21 TEUF, er det imidlertid grunn til først å drøfte hvorvidt regelen også gjelder i en EØS-sammenheng.

4.2.3.2 EØS-perspektivet

Som vist ovenfor, er det klart at norske borgere som har vært arbeidstakere, tjenesteytere eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten i henhold til EØS-avtalens hoveddel, omfattes av ordlyden «utøvet retten til fri bevegelighet» i utl. § 110 (2) annet punktum. Spørsmålet er om en norsk borger og dennes familie nyter de samme rettighetene som unionsborgere og deres familie ved tilbakevending til hjemstaten dersom den norske borgeren ikke har utøvet økonomisk aktivitet under oppholdet i vertsstaten. Forskjellen mellom EU- og EØS-retten på dette området, er at retten til fri bevegelighet for denne persongruppen ikke følger av samme rettsgrunnlag. For unionsborgere følger retten til fri bevegelighet og fritt opphold av art. 21 TEUF. Norske borgere som ikke er økonomisk aktive, men som har tilstrekkelige midler, har rett til å oppholde seg i andre medlemsstater på bakgrunn av unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b, men denne retten følger ikke av EØS-avtalens hoveddel. Spørsmålet er om dette spiller noen rolle, eller om vi like fullt må se det slik at disse personene har utøvet den rett til fri bevege-

²⁴⁶ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 46.

²⁴⁷ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 49.

²⁴⁸ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 51 (min uth.).

lighet som utl. § 110 (2) annet punktum viser til.²⁴⁹ EFTA-domstolen har ikke tatt stilling til dette spørsmålet.

Det sentrale er derfor hvorvidt bestemmelsen i unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b kan anvendes som rettslig grunnlag i EØS på samme måte som art. 21 TEUF anvendes i EU, eller om vi her står overfor en situasjon hvor homogenitetsmålsetningen har nådd sin grense

EU-domstolen slo fast i *O og B* at:

«Det fremgår [...] af en fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2004/38 under hensyn til deres ordlyd, systematik og formål, at de *ikke* giver grundlag for en afledt opholdsret for tredjelandsstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger.»²⁵⁰

Da statene ikke kan nekte *egne* statsborgere innreise og opphold, er unionsborgerdirektivet ment å regulere betingelsene for opphold i en *annen* medlemsstat enn den hvor unionsborgeren er statsborger.²⁵¹ Dette er begrunnelsen for at EU-domstolen anvendte art. 21 nr. 1 TEUF, og ikke unionsborgerdirektivet, som grunnlag for en avledet oppholdsrett i hjemkomstsituasjonene. Domstolens uttalelser i *O og B* er et uttrykk for at direktivet *som sådant* ikke regulerer tredjelandsborgeres oppholdsrett i unionsborgerens hjemstat. Mitt spørsmål dreier seg heller ikke om hvorvidt direktivet som sådant regulerer retten til familiegjenforening mellom norske borgere og deres familiemedlemmer i *Norge*. Dette ville innebære en løsning hvor unionsborgerdirektivet – lest i en EØS-kontekst – gir andre rettigheter enn i en EU-kontekst. Spørsmålet er om retten til fri bevegelse, som følger av unionsborgerdirektivet, men som ikke følger av EØS-avtalens hoveddel, kan gi grunnlag for en restriksjonsvurdering som tilsvarende den som er etablert i *O og B* i henhold til art. 21 TEUF, slik at resultatet blir det samme: nemlig at hjemstaten ikke kan nekte opphold til familiemedlemmer fra tredjeland, fordi det ville utgjøre en hindring for retten til fri bevegelse.

EFTA-domstolens tolkning av unionsborgerdirektivet i E-26/13 *Gunnarsson* kan kanskje antyde et bekræftende svar på dette.²⁵² Spørsmålet i *Gunnarsson* var hvorvidt Island (hjemstaten) hadde en plikt etter unionsborgerdirektivet til ikke å hindre Gunnarsson og ektefellen i å nyte

²⁴⁹ Problemstillingen gjelder spørsmålet om hvordan den norske stat behandler egne statsborgere, og har dermed ingen implikasjoner på EU-siden.

²⁵⁰ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 37 (min uth.).

²⁵¹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 42.

²⁵² Se omtale av *Gunnarsson* i avsnitt 2.3.

retten til fri bevegelighet i henhold til direktivet art. 7 nr. 1 litra b.²⁵³ Gunnarsson og ektefellen, som ikke var økonomisk aktive, hadde flyttet til Danmark og fikk dermed ikke dra nytte av islandske regler om skattefradrag for ektefeller. EFTA-domstolen slo fast at EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive allerede ved EØS-avtalens ikrafttredelse hadde rett til fri bevegelighet i henhold til blant annet direktivene 90/364/EØF,²⁵⁴ 90/365/EØF²⁵⁵ og 90/366/EØF.²⁵⁶ EFTA-domstolen uttalte deretter at selv om unionsborgerdirektivet ble innført på bakgrunn av art. 20 og 21 TEUF, kan det ikke medføre at EØS-borgere fratras rettigheter de hadde allerede før innføringen av unionsborgerskapet.²⁵⁷

Ifølge EFTA-domstolen innebærer retten til fri bevegelighet for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, ikke utelukkende en rett til opphold i en *annen* EØS-stat, men «also a right to move freely from the home EEA State. The latter right prohibits the home State from hindering such a person from moving to another EEA State».²⁵⁸ EFTA-domstolens resonnement synes altså å være at unionsborgerdirektivet også pålegger *hjemstaten* en plikt til å lette innreise og opphold i andre medlemsstater. EFTA-domstolen slår også fast at unionsborgerdirektivet er en del av EØS-avtalen og derfor må tolkes i samsvar med avtalens bestemmelser og generelle prinsipper i EØS-retten. Her viser domstolen særlig til diskrimineringsforbudet.²⁵⁹

Lik behandling med hensyn til interne skatteregler for egne statsborgere som er bosatt i en annen medlemsstat er likevel en annen problemstilling enn regler om familiegjenforening ved retur til hjemstaten. *Gunnarsson* gjelder spørsmålet om å gi egne statsborgere de samme rettighetene som de ville hatt dersom de var bosatt i sin *egen* hjemstat. Spørsmålet i hjemreisetsituasjonene handler om å gi egne statsborgere like gode rettigheter i hjemstaten etter hjemreise som de ville hatt dersom de fortsatt var bosatt i en *annen* medlemsstat. Dette kan presumtvt være *bedre* rettigheter enn de ville hatt dersom de hadde forblitt i hjemstaten og aldri oppholdt seg i andre medlemsstater. Selv om også skattelovgivning er et område som faller inn under statenes suverene kompetanse, er det mindre inngripende å pålegge staten en plikt til å gi de samme skattefordelene til egne statsborgere bosatt i andre medlemsstater, enn det er å pålegge staten å gi rett til familiegjenforening for egne statsborgere på eget territorium. Et av de viktigste områdene for statens suverenitet er nettopp kompetansen til å regulere hvem som har

²⁵³ Da deler av saksforholdet fant sted før innføringen av unionsborgerdirektivet, tok EFTA-domstolen også stilling til hvilke rettigheter som kunne utledes fra direktiv 90/365/EØF art. 1 nr. 1, som er forløperen til unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b.

²⁵⁴ Om oppholdsrett.

²⁵⁵ Om oppholdsrett for lønnsinntakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet.

²⁵⁶ Om studenters oppholdsrett. Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 79.

²⁵⁷ Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 80.

²⁵⁸ Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 82.

²⁵⁹ Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 83-84.

rett til opphold på statens område. Det som likevel er felles for problemstillingen i *Gunnarsson* og hjemkomstsituasjonen, er at det er snakk om hvorvidt hjemstaten har en plikt til å sørge for at retten til fri bevegelighet i henhold til unionsborgerdirektivet ikke hindres.

Slik jeg vurderer det, kan det anlegges to alternative synsmåter ved vurderingen av om prinsippet i *O og B* gjelder tilsvarende i EØS-retten. Den ene måten å se det på, er at prinsippet i *O og B* utelukkende har sitt grunnlag i art. 21 nr. 1 TEUF. Dette er et grunnlag som ikke gjenfinnes i EØS-avtalen, og avgjørelsen gir dermed ikke grunnlag for å etablere en tilsvarende rettstilstand i EØS. En annen måte å se det på – en mer «homogenitetsvennlig» måte – er at EU-domstolen har anvendt art. 21 nr. 1 TEUF som grunnlag fordi bestemmelsen gjør det unødvendig å forankre retten i unionsborgerdirektivet.²⁶⁰ Utgangspunktet i EU-retten er at unionsborgere har en grunnleggende rett til fri bevegelighet som følger av art. 21 TEUF. Unionsborgerdirektivet regulerer betingelsene for utøvelse av denne retten. For EFTA-statsborgere som ikke er økonomisk aktive, følger retten til fri bevegelighet direkte av unionsborgerdirektivet som opphever 1990-direktivene som jeg har vist til ovenfor.

Før innføringen av unionsborgerskapet fulgte retten til fri bevegelighet for EU-statsborgere som ikke var økonomisk aktive, også av 1990-direktivene. Da direktivene ble vedtatt, var de ikke hjemlet i traktatbestemmelsene om det indre marked, men snarere i EØF art. 235.²⁶¹ Formålet med direktivene var blant annet å sikre fri bevegelighet for personer i det indre marked, i henhold til målsetningene i EØF art. 3 litra c og art. 8 a om fjerning av hindringer for fri bevegelighet for personer, og opprettelse av det indre marked.²⁶² Generaladvokat Colomer har også understreket at den endelige hovedmålsettingen for direktiv 90/364/EØF og 90/365/EØF er at medlemsstatene skal avskaffe hindringer for fri bevegelighet, slik at utøvelse av oppholdsrett for unionens statsborgere og deres familie kan bli reell.²⁶³ Selv om direktivene ikke var hjemlet i traktatbestemmelsene om det indre marked, var det altså en uttalt målsetning at disse skulle tjene til å bidra til en effektiv fri bevegelighet for personer. Retten til fri bevegelighet vil ikke være like effektiv dersom hjemstaten nektet opphold for familien ved hjemkomst. Det vil utvilsomt være mindre attraktivt å benytte retten til fri bevegelighet dersom familiemedlemmet ikke kunne være med når referansepersonen flytter tilbake til eget hjemland.

²⁶⁰ Se til sammenligning sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 81. EFTA-domstolen viser særlig til sag C-520/04 *Turpeinen*, premiss 40, hvor EU-domstolen fant det unødvendig å svare på om direktiv 90/365/EØF ville gi grunnlag for de same rettighetene som allerede fulgte av primærretten.

²⁶¹ Bestemmelsen tilsvarende art. 352 TEUF og er en «reservehjemmel» som gir EU-lovgiver kompetanse til å vedta ny lovgivning der det anses nødvendig for å nå traktatens formål, men der traktatene ikke har en bestemmelse som gir det nødvendige hjemmelsgrunnlaget.

²⁶² Fortalen til direktiv 90/364/EØF. Det samme følger av fortalen til direktiv 90/365/EØF og 90/366/EØF.

²⁶³ Generaladvokat i sag C-424/98, premiss 22.

Ut fra homogenitetsbetraktninger antar jeg at det i en tilsvarende sak som *O og B* i en EØS-rettslig sammenheng, vil være mest nærliggende å anvende de samme vurderingene som i *Gunnarsson* som grunnlag for den avledede oppholdsretten for tredjelandsborgeren ved hjemkomst. Følgelig antar jeg også at *resultatet* som følger av EU-domstolens avgjørelse i *O og B* ville blitt tilsvarende i en EØS-sammenheng. Forskjellen ligger i *grunnlaget* for dette resultatet.²⁶⁴ I EØS er grunnlaget for oppholdsretten forankret i plikten hjemstaten har til å avstå fra å hindre en effektiv gjennomføring av retten til fri bevegelighet i henhold til unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1.

ESA ser ut til å dele denne oppfatningen. I åpningsbrevet til norske myndigheter viser ESA til EFTA-domstolens konklusjoner i *Gunnarsson* om at unionsborgerdirektivet forbyr hjemstaten å forhindre statsborgerne i å flytte til andre medlemsstater. Deretter viser ESA til EU-domstolens uttalelser i *O og B*, *Eind og Singh*, om at det å nekte opphold til familiemedlemmer ved hjemkomst, utgjør en slik hindring.²⁶⁵

Det ser også ut som denne forståelsen er lagt til grunn ved norske myndigheters praktisering av utlendingsloven § 110 (2) annet punktum. I UDIs rundskriv forutsettes det at den norske borgeren skal ha utøvet retten til fri bevegelighet som økonomisk aktiv eller som «person med tilstrekkelige midler eller student».²⁶⁶

Dette innebærer at norske borgere som ikke har utøvet økonomisk aktivitet i en annen medlemsstat, også er å anse som personer som har «utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen», jf. utl. § 110 (2) annet punktum.

4.2.3.3 *Vilkåret om «tilstrekkelig reelt» opphold*

Som nevnt innledningsvis, har EU-domstolen slått fast at en avledet oppholdsrett for tredjelandsborgeren i hjemkomstsituasjonene er betinget av at EØS-borgerens opphold i vertsstaten «reelt har kunnet sette den pågældende i stand til at *opbygge* eller *konsolidere* et familieliv».²⁶⁷ De ulike språkversjonene varierer med hensyn til beskrivelsen av oppholdets karakter. Den danske bruker som vi ser «reelt» opphold. På engelsk brukes begrepet «sufficiently genuine», på svensk «verkningsfull» (effektiv), på italiensk og fransk brukes «effettività sufficiente» og «effectivité suffisante» (tilstrekkelig effektiv). På nederlandsk som var sakens prosessspråk, brukes uttrykket «daadwerkelijk verblijf», som kan oversettes med «reelt opphold»,

²⁶⁴ Se avsnitt 2.4 om å anvende andre grunnlag i EØS-retten for å nå samme resultat som i EU-retten.

²⁶⁵ EFTAs overvåkningsorgan (2014), punkt 60 og 88-89.

²⁶⁶ RS 2011-035, punkt 2.2.2.

²⁶⁷ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 51 (min uth.).

altså det stedet vedkommende faktisk oppholder seg. Som jeg har vist til i avsnitt 1.4.8, er prosessspråket den autentiske språkversjonen, mens den franske antakelig gir best uttrykk for EU-domstolens rettsoppfatning. Ordlyden i disse to språkversjonene samsvarer godt. Jeg finner det derfor nærliggende å bruke uttrykket «tilstrekkelig reelt» opphold.

Det er imidlertid uklart hvilket perspektiv som skal anlegges ved vurderingen av hva som kan regnes som et tilstrekkelig reelt opphold. Er det en subjektiv vurdering der det avgjørende er hva slags opphold EØS-borgeren hadde til hensikt å ta, eller er vurderingen objektiv, slik at det avgjørende er om oppholdet har vært reelt bedømt ut fra ytre karakteristika?

Det ser umiddelbart ut til at EU-domstolen definerer tilstrekkelig reelt opphold ut fra et tidskriterium. Dette følger av måten EU-domstolen belegger hva som utgjør et «tilstrekkelig reelt» opphold på. Opphold i henhold til unionsborgerdirektivet art. 6 nr. 1,²⁶⁸ er ikke tilstrekkelig, da vedkommende ikke har til hensikt å slå seg ned i vertsstaten på en slik måte «at det er gunstigt for at opbygge eller konsolidere et familieliv».²⁶⁹ Opphold i henhold til unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1²⁷⁰ vil imidlertid være tilstrekkelig. Opphold av en slik varighet vitner prinsipielt om at vedkommende «flytter til og dermed reelt tager opphold» i vertsstaten, og at oppholdet er «af en sådan karakter, at det egner sig til» at et familieliv etableres eller styrkes der.²⁷¹ Følgelig vil dette gjelde i enda større grad ved opphold over fem år hvor vedkommende opparbeider seg rett til varig opphold, jf. unionsborgerdirektivet art. 16.²⁷²

Flere kortvarige opphold kan ikke kumuleres. Disse faller hver og en under unionsborgerdirektivet art. 6 og oppfyller derfor ikke betingelsene om et tilstrekkelig reelt opphold.²⁷³ Typiske eksempler er ferie- og helgeopp hold i andre medlemsstater. Domstolen har også slått fast at oppholdskort fra vertsstaten ikke er tilstrekkelig som bevis for at oppholdet der har vært reelt. Et slikt oppholdskort er av «konstaterende, og ikke retsstiftende, karakter».²⁷⁴

Et kvantitativt kriterium for hva som utgjør et tilstrekkelig reelt opphold gjør det unødvendig å foreta en mer omfattende og (kanskje) upresis helhetsvurdering av flere forhold ved oppholdet for å fastslå dets karakter.

²⁶⁸ Rett til opphold inntil tre måneder uten betingelser.

²⁶⁹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 52.

²⁷⁰ Oppholdsrett mellom tre måneder og fem år.

²⁷¹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 53.

²⁷² Sag C-456/12 *O og B*, premiss 55.

²⁷³ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 59.

²⁷⁴ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 60.

Schoenmaekers og Hoogenboom har en alternativ tolkning av dommens premisser. I stedet for utelukkende å legge vekt på det faktiske tidsrommet, foreslår de at EU-domstolens uttalelser kan tolkes slik at det er selve hensikten med oppholdet som er relevant. De påpeker at det ikke er noe til hinder for at betingelsene i unionsborgerdirektivet art. 7 er oppfylt *før* det har gått tre måneder. For eksempel kan en EØS-borger operere som arbeidstaker i vertsstaten fra dag én. De viser til *O og B* premiss 53 hvor det heter at opphold i vertsstaten «i henhold til og under overholdelse af betingelserne i direktivets art. 7, stk. 1, vidner *principielt* om»²⁷⁵ at unionsborgeren reelt har tatt opphold der. Forfatterne forstår det slik at «the *intention* to settle is the true criterion upon which the question whether residence abroad was ‘genuine’ turns».²⁷⁶ Videre mener de at EU-domstolens avvisning av at flere korte opphold kan ha kumulativ virkning, er uttrykk for en kvalitativ forståelse av tilstrekkelig reelt opphold fremfor en rent kvantitativ: «[I]t is not about (actual) time spent, but in the end more about where the centre of interests of the person in question lie.»²⁷⁷

Som forfatterne skriver, vil ikke nødvendigvis de to ulike tolkningene ((1) en streng tidsavgrensning og (2) en mer kvalitativ vurdering) utelukke hverandre. De foreslår en dobbel test hvor opphold ut over tre måneder automatisk betyr at oppholdet var reelt, og hvor kortere opphold enn dette må vurderes ut fra en mer helhetlig test som ligner den generaladvokat Sharpston hadde foreslått i sin generaladvokatuttalelse til *O og B*.²⁷⁸ I forslaget tok generaladvokaten stilling til definisjonen av «opphold». Da unionsborgerdirektivet ikke inneholder en definisjon av begrepet, viste hun til annen EU-rettslig lovgivning som definerer «opphold». «Opphold» (engelsk «residence») defineres ofte som det sted hvor vedkommende har sitt «sædvanlige opholdssted» («habitual residence» eller «normal residence»)²⁷⁹ Det gjennomgående temaet i tilknytning til disse reglene har vært å fastslå hvor personen har sitt «sædvanlige eller normale interessecentrum». Dette skal avgjøres på bakgrunn av sakens faktiske omstendigheter, hvor både de subjektive og objektive elementene er relevante.²⁸⁰ Generaladvokaten konkluderte med at det ikke kreves en vedvarende fysisk tilstedeværelse på en enkelt medlemsstats område, eller at dette er vedkommendes eneste bopel. Varigheten av oppholdet kan ikke anvendes som en absolutt grense, men som ett av flere kriterier det skal tas hensyn til når man fastslår om vedkommende har utnyttet retten til opphold.²⁸¹ Generaladvokaten mente derfor at det ikke kunne kreves at unionsborgeren har hatt opphold i vertsstaten i tre måneder

²⁷⁵ (min uth.).

²⁷⁶ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 507 (min uth.).

²⁷⁷ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 507.

²⁷⁸ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 507.

²⁷⁹ F.eks. forordning (EF) nr. 883/2004 om samordning av trygdeordninger art. 1 litra j.

²⁸⁰ Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 97-101.

²⁸¹ Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 102-103.

eller et annet «betydeligt» tidsrom før tredjelandsborgerne har krav på opphold i hjemstaten.²⁸² EU-domstolen valgte imidlertid ikke en like helhetsorientert måte å nærme seg spørsmålet om tilstrekkelig reelt opphold på.

Ponterlitschek og Weaver påpeker også at det er noe uklart om EU-domstolen har ment at det skal være et minstekrav om tre måneders opphold i vertsstaten, eller om det er tilstrekkelig at kravene i art. 7 nr. 1 er oppfylt. De finner imidlertid at kravet om at et familieliv skal ha blitt etablert eller styrket i vertsstaten, taler for at det er et minstekrav til tre måneders opphold i vertsstaten. Dette vil også medvirke til å unngå misbruk.²⁸³

Selv mener jeg at det å trekke en tidsmessig avgrensning slik EU-domstolen tilsynelatende gjør, kan virke anstrengt og gi tilfeldige utslag. Dersom EU-lovgivningens formål er å legge best mulig til rette for effektiv fri bevegelse av personer, bør vurderingen av om oppholdet er «tilstrekkelig reelt» inneholde flere elementer enn oppholdets varighet. Utøvelse av retten til innreise og opphold i andre medlemsstater kan ta mange former, blant annet den at en familie bor delvis i hjemstaten og delvis i vertsstaten. En person og dennes familie kan også tenkes å ha oppholdt seg i tre måneder og én dag i vertsstaten uten noen andre formål enn ferie. Andre kan ha oppholdt seg i to måneder og 29 dager som arbeidstaker, men på grunn av uforutsette omstendigheter være tvunget til å reise tilbake til hjemlandet. Den tidsmessige avgrensningen er enkel å anvende, men etterlater ikke rom for å trekke andre momenter inn i vurderingen av om oppholdet har vært reelt. Når EU-domstolen har stilt opp et så konkret og lett anvendelig kriterium for vurderingen, vil det på den annen side sikre både forutberegnelighet og lik rettsstilling i medlemsstatene.

En dobbel test slik Schoenmaekers og Hoogenboom foreslår, virker fornuftig. På denne måten vil borgere som har oppholdt seg over tre måneder i vertsstaten, kunne forutberegne sin rettsstilling. Ved kortere opphold vil vedkommende kunne ha mulighet til å prøve sin sak og få foretatt en konkret og helhetlig vurdering av om oppholdet har vært tilstrekkelig reelt.

Når det er slik at norske borgere kan anses å ha utøvet retten til fri bevegelse selv om de ikke har utøvet økonomisk aktivitet i vertsstaten, vil det innebære at norsk utlendingsforvaltning ikke kan bruke økonomisk aktivitet som et særlig moment i sin vurdering av om oppholdet var tilstrekkelig reelt. Det kan imidlertid se ut til at den gjør nettopp det, basert på en opp-

²⁸² Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 110.

²⁸³ Ponterlitschek og Weaver (2014) s. 400.

fatning av at «EØS-avtalens regler om fri bevegelighet har som grunntanke et krav om økonomisk aktivitet». ²⁸⁴

Denne vektleggingen av økonomisk aktivitet har blitt kritisert av ESA, som mener at kriteriet vil hindre norske borgere fra å benytte retten til fri bevegelighet etter art. 7 nr. 1 litra b. ²⁸⁵ Norge har i svarbrevet til ESA gitt uttrykk for at utl. § 110 (2) annet punktum ikke stiller krav til økonomisk aktivitet. Økonomisk aktivitet er bare ett av flere momenter som UDI vurderer i slike retursituasjoner. Norge påpeker videre at flere familiemedlemmer av norske borgere som ikke har vært økonomisk aktive, har fått oppholdsrett etter tilbakevending til Norge dersom oppholdet i vertsstaten var «genuine and effective». Videre gis det uttrykk for at ordlyden i rundskrivet skal endres, slik at kravene for returnerende borgere som ikke har vært økonomisk aktive, kommer tydeligere frem. ²⁸⁶

4.2.3.4 Vilkåret om familieliv

4.2.3.4.1 Innledning

Et annet element i kriteriet om tilstrekkelig reelt opphold, er at oppholdet i vertsstaten skal ha vært av en slik art at det har vært mulig for unionsborgeren å etablere eller styrke et familieliv. Jeg har valgt å bruke dette uttrykket på norsk etter å ha sammenholdt flere språkversjoner av dommen: (dansk: «opbygge eller konsolidere») (engelsk: «create or strengthen») (fransk: «de dévelloppe ou de consolider») (nederlandsk: «te bouwen of te bestendigen») som betyr bygge eller opprettholde). ²⁸⁷

En effektiv virkning av art. 21 TEUF krever ifølge EU-domstolen at «unionsborgerens familieliv i værtsmedlemsstaten kan fortsattes, når unionsborgeren vender tilbake til den medlemsstat, hvor den pågældende er statsborger». ²⁸⁸ Først når unionsborgeren har hatt et familieliv i *vertsstaten* som vedkommende ønsker å opprettholde ved retur til hjemstaten, vil det utgjøre en restriksjon å nekte familien opphold. Dersom en unionsborger tidligere har benyttet retten til fri bevegelighet og først stifter familie i hjemlandet *etter* hjemkomst, vil det i utgangspunktet ikke utgjøre en restriksjon å nekte familien opphold.

Her stilles det i prinsippet opp to kriterier: (1) Oppholdet i vertsstaten skal ha vært av en slik karakter at det har gjort det mulig å etablere eller styrke et familieliv. (2) Familielivet skal fortsette i hjemstaten.

²⁸⁴ AI-1/2014, under overskriften «Norsk referanseperson».

²⁸⁵ EFTAs overvåkningsorgan (2014) punkt 90.

²⁸⁶ Arbeids- og sosialdepartementet (2015) s. 3.

²⁸⁷ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 51.

²⁸⁸ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 54.

Jeg behandler vilkåret om å etablere eller styrke et familieliv atskilt fra vilkåret om at referansepersonens opphold skal ha vært tilstrekkelig reelt. Dette fordi jeg mener vilkåret om tilstrekkelig reelt opphold vedrører karakteren av referansepersonens opphold, mens vilkåret om familielivet i vertsstaten kommer i tillegg til dette.

4.2.3.4.2 Etablere eller styrke et familieliv

Dette vilkåret knytter seg til livet i vertsstaten. Det er uten betydning om referansepersonen har flyttet til vertsstaten sammen med familien (styrke), eller først har stiftet familie etter å ha kommet dit (etablere). Jeg viser her til avsnitt 3.4.2 hvor det fremgår at det i *Metock* er slått fast at familiemedlemmets oppholdsrett ikke er betinget av at vedkommende flyttet til vertsstaten sammen med unionsborgeren.²⁸⁹ I *O og B* tok ikke EU-domstolen stilling til hva som ligger i «familieliv» i vertsstaten. Det er imidlertid nærliggende å anta at det ikke stilles strengere vilkår for hva som anses som «familieliv» i denne sammenheng, enn hva domstolen har godtatt som «familieliv» i saker som vedrører oppholdsrett i henhold til sekundærlovgivning. Altså kan for eksempel ektefeller ha bodd hver for seg i vertsstaten, men fortsatt anses å ha levd et «familieliv».²⁹⁰

I *O og B* tar EU-domstolen utgangspunkt i at dersom et familieliv er etablert eller styrket i vertsstaten i forbindelse med unionsborgerens opphold der i henhold til unionsborgerdirektivet art. 7 eller 16, vil hensynet til en effektiv virkning av retten til fri bevegelighet kreve at familielivet skal kunne fortsette i hjemstaten ved hjemreise.²⁹¹ På dette punktet er dommen noe uklar med tanke på om dette innebærer et krav om at familiemedlemmets opphold også skal ha vært tilstrekkelig reelt, eller om betingelsen bare retter seg mot referansepersonen, slik at det er tilstrekkelig at familiemedlemmet kun har oppholdt seg i vertsstaten i deler av tiden.

Skovgaard-Petersen mener at det ikke kan legges til grunn at det er et krav at familiemedlemmets opphold *også* har vært reelt i samme betydning, da adjektivet «reelt» i dommens premisser knytter seg til *unionsborgerens* opphold. Han påpeker likevel at dommens konklusjon kan tas til inntekt for det motsatte.²⁹² Skovgaard-Petersen argumenterer med at den terskelen som skal settes for når det foreligger et tilstrekkelig reelt opphold, er terskelen for når unionsborgeren *selv* kan sies å ha benyttet retten til fri bevegelighet på en slik (reell) måte at denne retten må beskyttes når vedkommende vender hjem.

²⁸⁹ Sag C-127/08 *Metock*, premiss 88.

²⁹⁰ Jf. sag C-267/83 *Diatta*, premiss 20 og 22.

²⁹¹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 54 og 55.

²⁹² Skovgaard-Petersen (2014) s. 137. Han viser her til premissene 53-54 og 57.

Schoenmaekers og Hoogenboom ser ut til å være av samme oppfatning som Skovgaard-Petersen på dette punktet. De uttaler: «[I]t is, after all, the position of the EU citizenship sponsor that is determinative – it revolves around his exercise of free movement rights.»²⁹³

Jeg er enig i disse tolkningene av dommen. Det sentrale er hva som skal til for å fastslå at EØS-retten kommer til anvendelse. Inngangsbilletten til EØS-retten bestemmes sånn sett av *EØS-borgerens* tilstrekkelig reelle opphold – ikke oppholdet til familien som enhet. Likevel må også familiemedlemmene på ett eller annet tidspunkt ha hatt rett til opphold i vertsstaten i henhold til unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 2 eller art. 16 nr. 2.

Forstås dommen slik, innebærer imidlertid det at også familiemedlemmer som kun har oppholdt seg sammen med referansepersonen en kort periode i vertsstaten, kan få opphold i hjemstaten etter hjemkomst. For eksempel vil et familiemedlem som kun har oppholdt seg i vertsstaten den siste uken av EØS-borgerens tre måneder lange opphold, ha en avledet oppholdsrett i sistnevntes hjemstat når de vender hjem. Dette passer umiddelbart dårlig med uttalelsene i *O og B* om at det må dreie seg om et opphold i vertsstaten som «reelt har kunnet sette den pågående i stand til at oppbygge eller konsolidere et familieliv i denne medlemsstat».²⁹⁴

Det er kanskje enklere å forstå argumentasjonen for en slik løsning dersom vi bruker eksempelet med en referanseperson som har oppholdt seg i vertsstaten i flere år. Det er ingen tvil om at vedkommende er godt over terskelen for å være beskyttet av fri bevegelighets-reglene. Dersom hun i flere år har vært gift med en tredjelandsborger som bor i et tredjeland, og som først flytter til vertsstaten sammen med henne mot slutten av oppholdet der, fremstår det som nokså irrelevant å legge vekt på hvor lenge de har bodd *sammen* i vertsstaten på tilbakevendings-tidspunktet.²⁹⁵

En slik forståelse av dommen vil innebære at medlemsstatene ikke kan føre en praksis der vurderingstemaet for om oppholdet i vertsstaten har vært tilstrekkelig reelt, dreier seg om hvorvidt familien samlet sett har hatt et reelt opphold (f.eks. 3 måneder). At familiemedlemets opphold i vertsstaten har vært kortvarig, eller at vedkommende hovedsakelig har oppholdt seg i en annen stat, påvirker ikke vurderingen av om *referansepersonens* opphold i vertsstaten var tilstrekkelig reelt. Familiemedlemmets korte opphold i vertsstaten kan i noen

²⁹³ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 509.

²⁹⁴ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 51.

²⁹⁵ Jeg minner om at jeg i denne avhandlingen ikke tar for meg tilfeller av proformaekteskap. Jeg legger derfor til grunn at det er snakk om reelle familiebånd i de eksemplene jeg bruker. Ved eventuelle proformaekteskap, gir unionsborgerdirektivet art. 35 statene anledning til å nekte opphold.

tilfeller tyde på at selve *familierelasjonen* ikke er reell. Dette er imidlertid en annen vurdering.²⁹⁶

4.2.3.4.3 Familielivet fortsetter i hjemstaten

Familiemedlemmer som «følger eller gjenforenes» med den norske statsborgeren når denne returnerer til Norge, er omfattet av utl. kap. 13, jf § 110 (2) annet punktum. Dette er i utgangspunktet nokså åpenbart, da det nettopp er i disse situasjonene at spørsmålet om oppholdsrett for familien i hjemstaten oppstår. Kriteriet kan forstås som at det kreves en viss kontinuitet i familielivet.²⁹⁷ Et spørsmål blir da om det er et krav at familiemedlemmene skal reise tilbake samtidig med, eller i hvert fall i nær tidsmessig sammenheng med referansepersonen. Dette spørsmålet ble forelagt EU-domstolen i *O og B*. Da EU-domstolen fant at B (som spørsmålet gjaldt) ikke kunne anses som familiemedlem etter unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 den perioden han oppholdt seg i vertsstaten (han var ikke gift med referansepersonen på det tidspunktet), ble det imidlertid unødvendig å besvare spørsmålet om den tidsmessige sammenhengen.²⁹⁸

Skovgaard-Petersen mener både formuleringen «fortsette» og formålet bak doktrinen taler for at det kan stilles krav om en viss kontinuitet i familielivet, og at familiemedlemmet må søke om oppholdsrett i en «naturlig forlængelse» av referansepersonens tilbakevending.²⁹⁹

Generaladvokat Sharpston tok også stilling til dette spørsmålet i sin innstilling i *O og B*. Hun viser til at EU-domstolen blant annet i *Metock* har slått fast at tredjelandetsborgerens avledede oppholdsrett etter unionsborgerdirektivet ikke krever at familien og unionsborgeren reiser inn i vertsstaten samtidig.³⁰⁰ Hun mener at grunnen til at familiemedlemmene kommer senere ikke er relevant, og uttaler at «[d]et viktigste er, at beslutningen om at reise til det pågældende land for at tage ophold sammen med en unionsborger, er truffet under udøvelse af retten til et familieliv».³⁰¹ Hun understreker at det kan være flere grunner til at familien ikke bor og oppholder seg samlet til enhver tid.³⁰²

²⁹⁶ Det kan se ut til at det i dagens norske praksis legges opp til en vurdering hvor det ikke skilles mellom vurderingen av om ekteskapet er proforma og vurderingen av om oppholdet i vertsstaten har vært tilstrekkelig reelt. Det heter blant annet i rundskriv AI-1/2014 at dersom familiemedlemmet har oppholdt seg i vertsstaten en kort periode eller hovedsakelig oppholdt seg i et annet land, så kan det tyde på at oppholdet ikke har vært faktisk og reelt.

²⁹⁷ Skovgaard-Petersen (2014) s. 136.

²⁹⁸ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 62-64.

²⁹⁹ Skovgaard-Petersen (2014) s. 136. Han viser til at dette er gjeldende dansk praksis på området.

³⁰⁰ Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 141.

³⁰¹ Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 142.

³⁰² Generaladvokat i sag C-456/12 *O og B*, premiss 142.

Dersom EU-domstolen har ment at unionsborgerdirektivet skal anvendes analogisk i disse situasjonene (se avsnitt 4.3.1 under), vil jeg anta at generaladvokatens tilnærming til dette spørsmålet er mer i overensstemmelse med formålet bak reglene om avledet oppholdsrett enn Skovgaard-Petersens tolkning. Så lenge familielivet ble etablert eller styrket i vertsstaten under EØS-borgerens reelle opphold der, bør det ikke stilles strengere krav for retten til opphold i hjemstaten enn i vertsstaten ved en analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet. Det bør derfor ikke ha betydning hvor lang tid det går fra referansepersonens retur til tredjelandsborgeren flytter til referansepersonens hjemstat etter oppholdet i vertsstaten.

En slik forståelse av EU-domstolens praksis, innebærer at medlemsstatene ikke kan sette en tidsmessig grense for familiemedlemmets innreise til hjemstaten som vilkår for en avledet oppholdsrett.³⁰³ En tredjelandsborger må følgelig kunne «gjenforenes» med referansepersonen i henhold til utl. § 110 (2) annet punktum, selv om det har gått en viss tid siden referansepersonen returnerte.

4.3 Betingelsene for oppholdsretten

4.3.1 Analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet

Grunnlaget for en avledet oppholdsrett for familiemedlemmer i retursituasjonen er restriksjonsforbudet i traktatbestemmelsene/EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet for personer. Spørsmålet i det følgende er hvilke *betingelser* denne oppholdsretten kan være underlagt. I utl. § 110 (2) annet ledd heter det at familiemedlemmer av returnerende norske borgere skal være omfattet av bestemmelsene i kap. 13.

EU-domstolen har slått fast at betingelsene for tredjelandsborgerens avledede oppholdsrett i en slik situasjon, «principielt ikke [bør] være strengere end dem, som er fastsat i direktiv 2004/38», og som gjelder for familiemedlemmer av unionsborgere som bosetter seg i andre medlemsstater enn sin egen.³⁰⁴ Det er imidlertid ikke noe i veien for at vilkårene for oppholdsrett er gunstigere.

EU-domstolen har lagt til grunn at unionsborgerdirektivet skal anvendes analogisk i hjemsreisesituasjonene:

«Selv om direktiv 2004/38 ikke dækker et sådant tilfælde af tilbagevenden, skal det således anvendes analogt med hensyn til betingelserne for en unionsborgers ophold i en

³⁰³ Slik jeg leser AI-1/2014, ser det ut til at det i dagens norske praksis stilles krav om «en viss tidsmessig sammenheng» mellom den norske borgeren og familiemedlemmets innreise til Norge, hvor utgangspunktet er en grense på tre måneder, se under overskriften «Norsk referanseperson».

³⁰⁴ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 50.

anden medlemsstat end den, hvor den pågældende er statsborger, eftersom det i begge tilfælde er unionsborgeren, der er referenceperson for tildeling af en afledt opholdsret til en tredjelandsstatsborger, der er familiemedlem til unionsborgeren.»³⁰⁵

Dette innebærer at dersom EØS-borgeren vender tilbake til hjemlandet sammen med familien, skal unionsborgerdirektivets vilkår for oppholdsrett gjelde tilsvarende. Det vil si at dersom referansepersonen oppfyller vilkårene for opphold etter unionsborgerdirektivet, vil de av vedkommendes familiemedlemmer som er omfattet av direktivets personelle anvendelsesområde, nyte godt av rettighetene etter direktivet. Det fremgår klart av ordlyden i utl. § 110 (2) annet punktum at «familiemedlemmer» til en returnerende norsk borger er omfattet av reglene i kap. 13. Det vil si at kapittelets definisjon av «familiemedlem» i § 110 (3) vil gjelde også for disse. Videre er det nærliggende å anta at unionsborgerdirektivets regler og reglene i utlendingsloven kap. 13 for øvrig kommer til anvendelse, herunder tredjelandsborgerens rett til å ta arbeid i Norge, rett til varig opphold etter fem år, samt rett til fortsatt opphold ved samlivsbrudd eller dødsfall.

4.3.2 Vilkår knyttet til referansepersonen

Unionsborgerdirektivets bestemmelser om oppholdsrett for referansepersonen og bestemmelsene om oppholdsrett i utlendingsloven kap. 13 gjelder selvsagt ikke for den norske borgerens personlige oppholdsrett i Norge. Retten til å oppholde seg i sin egen hjemstat følger direkte av at statsborgere i henhold til folkerettslige forpliktelser har et ubetinget krav på opphold i sin egen hjemstat.³⁰⁶ Det det her er tale om, er hvilke vilkår som må være oppfylt for at tredjelandsborgeren skal ha en avledet oppholdsrett.³⁰⁷ For at familiemedlemmet skal ha en avledet oppholdsrett, må den norske borgeren oppfylle vilkårene for rett til opphold i utlendingsloven kap. 13, jf. unionsborgerdirektivet. For å bruke Skovgaard-Petersens uttrykk, er det snakk om en «fiktiv oppholdsstatus»³⁰⁸ for referansepersonen selv. Følgelig vil tredjelandsborgeren ha en avledet oppholdsrett dersom vilkårene for referansepersonens «fiktive oppholdsrett» i hjemstaten er oppfylt.

Som jeg har vist i avsnitt 3.2 innebærer dette at det ikke kan stilles vilkår for oppholdsretten til tredjelandsborgeren de første tre månedene etter innreise til Norge, jf. utl. § 111 (2) og unionsborgerdirektivet art. 6 nr. 2. Opphold ut over tre måneder vil være betinget av at den

³⁰⁵ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 50.

³⁰⁶ EMK TP4 art. 3.

³⁰⁷ Nasjonale regler om familiejenforening vil selvsagt kunne innebære andre vilkår som er gunstigere for statens egne statsborgere og deres familie. Det er imidlertid de EØS-rettslige bestemmelsene jeg behandler her.

³⁰⁸ Skovgaard-Petersen (2014) s. 137.

norske borgeren oppfylder vilkårene i utl. § 112 (1), jf. unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 og er arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende, selvforsørgende eller student. Endelig vil tredjelandetsborgeren ha rett til varig opphold dersom vedkommende har oppholdt seg lovlig i Norge som familiemedlem i henhold til utl. § 114 (1) i en sammenhengende periode på fem år etter tilbakevending, jf. utl. § 116 (1) og unionsborgerdirektivet art. 16 nr. 2.

Det kan spørres om EU-domstolen i *O og B* endret rettsstilstanden etter *Eind* når det gjelder *betingelsene* for den avledede oppholdsretten. I *Eind* la domstolen til grunn at det er uten betydning at referansepersonen (faren) ikke utfører «reelt og faktisk arbeid» i hjemstaten ved hjemkomst.³⁰⁹ Det fremgår av *Eind* at faren hadde mottatt sosialytelser etter han hadde returnert, at han hadde kontaktet arbeidsformidlingen med henblikk på å skaffe seg jobb, og at han hadde sykeforsikring i Nederland. Disse omstendighetene tok imidlertid ikke EU-domstolen stilling til. Det er derfor usikkert hvorvidt han hadde «tilstrekkelige midler» slik at han oppfylte vilkårene for opphold etter direktiv 90/364/EØF art. 1 nr. 1.³¹⁰ I og med at han mottok sosialytelser, virker det imidlertid usannsynlig at dette var tilfellet. Min oppfatning er at EU-domstolen i *Eind* ikke vektlegger farens situasjon i hjemlandet, men nøyer seg med å slå fast at datteren har en avledet rett til opphold all den tid hun oppfylder vilkårene i forordning (EØF) nr. 1612/68 art. 10 nr. 1 litra a.³¹¹ I *Eind* er det altså bare reglene om datterens status som slektning i rett nedstigende linje, som får analogisk anvendelse når familien vender tilbake. Betingelsen for at denne bestemmelsen fikk analogisk anvendelse, var at faren, da han var i *vertsstaten*, oppfylte vilkårene i forordningen. På sett og vis kan det sies at farens status som arbeidstaker i *vertsstaten* «videreføres» når han vender tilbake til hjemlandet. Også Skovgaard-Petersen har tolket *Eind* slik at EU-domstolen forutsatte at «[farens] status i vertslandet skulle overføres ved tilbakevenden».³¹² Samme oppfatning synes også Schoenmaekers og Hoogenboom å ha: «In the end, it would rather seem that the right to remain was derived from the fact that Mr. Eind had *previously* been gainfully employed in another Member State.»³¹³

I *O og B* opererer EU-domstolen, slik jeg forstår det, med et vilkår om «fiktiv oppholdsrett» for unionsborgeren i sin egen hjemstat. Dette ligner i større grad enn *Eind* på domstolens konklusjon i *Singh*. Den britiske statsborgeren Singh vendte hjem sammen med ektefellen for å etablere seg som selvstendig næringsdrivende etter å ha vært arbeidstaker i *vertsstaten*. Det ble lagt til grunn at ektefellen minst skulle «indrømmes de samme rettigheter som dem, ved-

³⁰⁹ C-291/05 *Eind*, premiss 45.

³¹⁰ Nå erstattet av unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b.

³¹¹ Art. 10 nr. 1 litra a gir barn som er under 21 år eller forsørges av arbeidstakeren rett til opphold i *vertsstaten*. Nå erstattet av unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra c.

³¹² Skovgaard-Petersen (2014) s. 139.

³¹³ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 502.

kommende ville blive indrømmet efter fællesskabsretten, såfremt hans eller hendes ægtefelle indrejste og tog opphold i en anden medlemsstat».³¹⁴

Både i *O og B* og *Singh* ser det ut til at EU-domstolen krever at familiemedlemmenes avlede oppholdsrett er betinget av at unionsborgeren er økonomisk aktiv eller har tilstrekkelige midler etter hjemkomst. Dette er en annen tilnærming enn hva som ble lagt til grunn i *Eind*. Oppholdsretten etter unionsborgerdirektivet er betinget av at vilkårene for opphold til enhver tid er oppfylt, jf. art. 14. Det vil si at familiemedlemmene kan miste oppholdsretten i vertsstaten dersom referansepersonen ikke lenger er arbeidstaker, men blir sosialhjelpsmottaker uten tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og sin familie. Det kan derfor, etter dagens rettstilstand, virke noe kunstig at EU-domstolen i *Eind* lar faren beholde status som arbeidstaker, selv om han ved tilbakevending til hjemstaten mottar sosialhjelp. Dersom *Eind* og datterens sak skulle vært prøvd etter dagens rettstilstand (etter *O og B*), er det tvilsomt om han ville oppfylt vilkårene for opphold etter unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b, og dermed hvorvidt datteren ville hatt rett til opphold i hans hjemstat. Dette synspunktet synes også Schoenmaekers og Hoogenboom å ha.³¹⁵ Det er usikkert om en sak med tilsvarende faktiske forhold som i *Eind* i dag ville ha blitt løst etter mønster fra *Eind* eller fra *O og B*.

Min oppfatning er at EU-domstolen i *O og B* – i større grad enn i *Eind* – setter en mer naturlig grense for kompetansefordelingen mellom medlemsstatene på den ene siden og EU-retten på den andre. Når EU-domstolen slår fast at den hjemvendte referansepersonen fortsatt er omfattet av EU-retten, er det også nærliggende at vedkommende må oppfylle kravene for en «fiktiv oppholdsrett» for at familien skal ha oppholdsrett etter EU-regelverket fremfor de nasjonale bestemmelsene for familiegjenforening.

4.4 Oppsummering

Vi har i dette kapittelet sett at tredjelandsborgere kan ha en avledet rett til opphold i referansepersonens hjemstat ved hjemkomst dit etter at referansepersonen har benyttet retten til fri bevegelse i en annen EØS-stat. Unionsborgerdirektivets bestemmelser skal da anvendes analogisk med hensyn til betingelsene for oppholdsretten. Vilkåret er imidlertid at referansepersonens opphold i vertsstaten var tilstrekkelig reelt, og at familielivet er etablert eller styrket der.

En problemstilling i kapittelet har vært hvorvidt EØS-retten kan føre til samme resultat som det som følger av EU-domstolens praksis i hjemkomstsituasjoner der EØS-borgeren ikke har

³¹⁴ Sag C-370/90 *Singh*, premiss 25. Her ble det vist til direktiv 73/148/EØF som regulerte oppholdsretten for selvstendig næringsdrivende, hvilket var Singhs status i hjemstaten etter retur.

³¹⁵ Schoenmaekers og Hoogenboom (2014) s. 508.

vært økonomisk aktiv i vertsstaten. Forskjellen mellom EU- og EØS-retten på dette området, er at retten til fri bevegelighet for denne persongruppen ikke følger av samme rettslige grunnlag. EØS-løsningen kan ikke baseres på art. 21 TEUF, men på retten til fri bevegelighet som følger av unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b. Da det er slått fast i *Gunnarsson* at hjemstaten har en plikt til ikke å hindre at retten til fri bevegelighet etter unionsborgerdirektivet blir effektiv, er konklusjonen at familiemedlemmer av EØS-borgere som ikke har vært økonomisk aktive i vertsstaten, også nyter godt av en avledet oppholdsrett i hjemkomstsituasjonene. Det vil si at vilkåret «utøvet retten til fri bevegelighet», jf. utl. § 110 (2) annet punktum omfatter familiemedlemmer både av personer som har vært økonomisk aktive i henhold til EØS-avtalens hoveddel, samt personer som ikke har utøvet økonomisk aktivitet, men oppholdt seg i vertsstaten i henhold til unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b eller art. 16 nr. 1.

Dette innebærer at de tredjelandsborgere det gjelder, nyter godt av lempeligere vilkår hva gjelder rett til familiegjensforening enn de gjør i henhold til utlendingslovens alminnelige regler.

Hvordan reglene som er gjennomgått i kapittelet fungerer i praksis, kan vises gjennom noen konkrete eksempler på ulike situasjoner:

En tredjelandsborger møter sin norske ektefelle til Tyskland, hvor nordmannen er arbeidstaker. De oppholder seg der i to år. Oppholdet i Tyskland har vært «tilstrekkelig reelt» og gjort nordmannen i stand til å «etablere» et familieliv med tredjelandsborgeren. Deretter vender de tilbake til Norge hvor nordmannen tar lønnet arbeid. Vilkårene i utl. § 112 (1) litra a og unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra a er følgelig oppfylt. Etter en analogisk anvendelse av direktivets bestemmelser og i henhold til utl. § 110 (2) annet punktum, har tredjelandsborgeren rett til opphold, jf. utl. § 114 (1) og unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 2, fordi hun anses som «familiemedlem» jf. utl. § 110 (3) litra a og unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra a (ektefelle).

Dersom nordmannen ved tilbakevending til Norge hadde vært arbeidsledig og livnært seg på sosiale ytelser, ville vedkommende ikke oppfylt kravene om tilstrekkelige midler i utl. § 112 (1) litra c og unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b. Det er da uklart hvorvidt tredjelandsborgeren vil ha rett til opphold i Norge. Svaret beror på om man legger tolkningen i Eind eller O og B til grunn. Eind-regelen tilsier at tredjelandsborgeren ville hatt oppholdsrett, fordi ektefellen «overførte» sin status som arbeidstaker fra Tyskland. En anvendelse av O og B isolert sett ville ikke gitt tredjelandsborgeren oppholdsrett fordi referansepersonen ikke hadde «fiktiv oppholdsstatus» i Norge.

Dersom et ektepar bare har vært på en feriereise i Tyskland i to uker, vil ikke oppholdet ha vært tilstrekkelig reelt, og det å nekte tredjelandetsborgeren opphold i Norge vil ikke være en restriksjon på retten til fri bevegelse.

5 Pendlersituasjonen

5.1 Innledning

Pendlerproblematikken gjelder tredjelandsborgeres rett til opphold i Norge når de er medlem av familien til en norsk borger som bor i Norge og pendler til en annen medlemsstat. I utlendingsloven finnes det ingen bestemmelser som tilsier at familiemedlemmers oppholdsrett i slike situasjoner skal være underlagt EØS-retten. Situasjonene faller også utenfor unionsborgerdirektivets saklige anvendelsesområde. Spørsmålet om vedkommendes families rett til opphold i Norge skal avgjøres med grunnlag i EØS-retten, er et spørsmål om situasjonen anses som et rent internt anliggende eller ikke, og om EU-domstolens praksis er overførbar til EØS-retten. Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at en aktivitet anses som rent intern der samtlige elementer av aktiviteten finnes innenfor medlemsstaten. Dersom den konkrete situasjonen ikke har et tilknytningsmoment til en situasjon EU-retten omfatter, er unionsborgeren og dennes familie underlagt nasjonal rett.³¹⁶

5.2 Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Restriksjonsforbudet

5.2.1 Innledning

I C-60/00 *Carpenter* fant EU-domstolen at spørsmålet om familiegjenforening i grensekryssende pendlersituasjoner kan være regulert av EU-retten. Den britiske statsborgeren Carpenter var bosatt i Storbritannia sammen med sin filippinske ektefelle. Han drev tjenesteytelser over landegrensene, hvor han blant annet foretok forretningsreiser til andre medlemsstater. Ektefellelsens visum var utløpt, og hun oppholdt seg ulovlig i Storbritannia. Domstolen fant at Carpenter drev grenseoverskridende tjenesteytelser, slik at art. 49 EF³¹⁷ kom til anvendelse. Situasjonen ble derfor ikke ansett som et rent internt anliggende. Videre fant EU-domstolen at art. 49 EF måtte tolkes i lys av den grunnleggende retten til respekt for familieliv EMK art. 8 krever. Med referanse til *Singh* uttalte domstolen at

«en adskillelse af ægteparret Carpenter ville få negative konsekvenser for deres familieliv og dermed også for betingelserne for Peter Carpenters udøvelse af en grundlæggende frihed. Denne frihed ville nemlig ikke få fuld gennemslagskraft, hvis Peter Carpenter blev afholdt fra at udøve den som følge af de hindringer, der opstilles i hans oprindelsesland for hans ægtefælles indrejse og ophold».³¹⁸

³¹⁶ Generaladvokat i sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 49-52.

³¹⁷ Reglene om fri bevegelse for tjenester. Nå erstattet av art. 56 TEUF.

³¹⁸ Sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 39.

Det følger av fast rettspraksis at også EØS-avtalen skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter, herunder EMK.³¹⁹ Artikkel 56 TEUF (tidligere art. 49 EF) gjenspeiles i EØS-avtalen art. 36. Jeg legger derfor til grunn at Carpenter-regelen er anvendelig også i EØS.

Domstolen la også vekt på at ektefellen passet Carpenters barn fra tidligere ekteskap, og derfor indirekte bidro til hans virksomhet med grensekryssende tjenesteytelser. Direktiv 73/148/EØF³²⁰ kom imidlertid ikke til anvendelse av den grunn at det ikke regulerer oppholdsretten i tjenesteyterens egen hjemstat.³²¹ Dette er motsatt av hva generaladvokat Stix-Hackl konkluderte med i sitt forslag til avgjørelse. Hun fant at direktivet kunne anvendes også overfor Storbritannia da situasjonen hadde en «fællesskabstilknytning»: Carpenter utøvet sine rettigheter i henhold til EU-retten.³²²

Carpenter-regelen er fulgt opp i *C-457/12 S og G*.³²³ Saken gjaldt nederlendere som bodde i Nederland, hadde sine familiemedlemmer i Nederland, men helt eller delvis arbeidet i en annen medlemsstat (Belgia). Saken om S gjaldt oppholdsrett for den ukrainske statsborgeren S, som var svigermor til referanseperson X.³²⁴ Svigermor S bodde i Nederland og passet barnet til referansepersonen (sitt eget barnebarn) der. X var ansatt i et nederlandsk foretak og brukte ca. 30 % av arbeidstiden på forretningsreiser i Belgia. Saken om G gjaldt oppholdsrett for den peruanske statsborgeren G som var gift med referanseperson Y. De to hadde ett felles barn, og i tillegg hadde G et barn fra tidligere. Y var ansatt av et belgisk foretak og pendlet daglig til Belgia. Begge referansepersonene var følgelig omfattet av art. 45 TEUF.³²⁵ Det var derfor klart at situasjonene ikke kunne anses som rent interne.³²⁶ Domstolen fant også her at unionsborgerdirektivet ikke regulerer oppholdsretten til S og G i referansepersonenes hjemstat.³²⁷ Spørsmålet var imidlertid hvorvidt det å nekte familiemedlemmene opphold utgjorde en begrensning på referansepersonenes rett til fri bevegelighet.

³¹⁹ Sak E-4/11 *Clauder*, premiss 49.

³²⁰ Nå opphevet ved unionsborgerdirektivet.

³²¹ Sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 36.

³²² Generaladvokat i sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 72.

³²³ Dommen falt samme dag som sag C-456/12 *O og B* som er gjennomgått i kapittel 4 om hjemkomstproblematikken.

³²⁴ EU-domstolen bruker ikke betegnelsen X og Y for referansepersonene i disse sakene, men jeg anvender dette av hensyn til lesevennligheten.

³²⁵ Reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere.

³²⁶ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 39.

³²⁷ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 35.

EU-domstolen fant at rettssetningen i *Carpenter* vedrørende tjenesteytelser kunne overføres til art. 45 TEUF.³²⁸ Dette gjelder både arbeidstakere som arbeider for en arbeidsgiver etablert i en annen medlemsstat, samt arbeidstakere som er ansatt i et firma hjemmehørende i hjemstaten, men som har regelmessige forretningsreiser til andre medlemsstater. En lignende begrunnelse som i *Carpenter* ble lagt til grunn, nemlig at den «effektive virkning» av retten til fri bevegelse for arbeidstakere kan kreve at familiemedlemmer innrømmes oppholdstillatelse i hjemstaten.³²⁹ EU-domstolen overlot den konkrete restriksjonsvurderingen til den nasjonale domstolen, og slo fast at det skulle legges vekt på om familiens tilstedeværelse er «nødvendig» for å sikre en faktisk effektiv gjennomføring.³³⁰ Art. 45 gjenspeiles i EØS-avtalen art. 28. Jeg legger derfor til grunn at reglene som er etablert i *S og G* også gjelder i EØS-retten.

Domstolens vurderinger i *Carpenter* og *S og G* av spørsmålet om tredjelandsborgernes oppholdsrett var omfattet av EU-retten, er sammensatt. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en grenseoverskridende aktivitet. Det er et vilkår at tredjelandsborgerens opphold er *nødvendig* for gjennomføringen av den grenseoverskridende aktiviteten, og at familierelasjonen er tilstrekkelig nær. Slik jeg forstår dommene, og inspirert av generaladvokatens uttalelse i *S og G*,³³¹ kan vi sette opp følgende tre momenter for restriksjonsvurderingen: (1) Det må foreligge en *grenseoverskridende aktivitet* som er beskyttet i EØS-avtalen/TEUF. Denne aktiviteten må være av en viss intensitet og blant annet innebære at en person jevnlig krysser landegrensen til andre medlemsstater. (2) Oppholdet for familiemedlemmet må være *nødvendig* for at retten til fri bevegelse faktisk skal være effektiv. Det må derfor være en form for årsakssammenheng mellom familiemedlemmets opphold og referansepersonens grenseoverskridende aktivitet. (3) *Familierelasjonen* mellom referansepersonen og tredjelandsborgeren må være tilstrekkelig nær. Jo tettere relasjonen er, jo sterkere ser det ut til at retten til familieliv er vernet. I det følgende vil jeg se nærmere på de tre momentene.

5.2.2 Den grenseoverskridende aktiviteten

Det ser ut til at graden og intensiteten av den grenseoverskridende aktiviteten er relevant. Som det fremgår av *C-384/93 Alpine Investment*, er telefonsalg til andre medlemsstater ansett å være omfattet av reglene om fri bevegelse for tjenester.³³² Det synes likevel klart at det å nekte oppholdsrett for familiemedlemmer til en tjenesteyter, eller en arbeidstaker ansatt i et firma som yter grenseoverskridende tjenester via telefon eller internett, ikke vil avskrekke vedkommende fra å utføre den grenseoverskridende aktiviteten i samme grad som der arbeid-

³²⁸ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 40.

³²⁹ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 40.

³³⁰ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 42.

³³¹ Generaladvokat i sag C-457/12 *S og G*, premiss 122.

³³² Sag C-384/93 *Alpine Investment*, premiss 22.

det involverer reise til andre medlemsstater. Det samme gjelder omfanget av aktiviteten. I *S og G* var 30 % av den ukentlige arbeidstiden tilstrekkelig til å si at vedkommende kunne være forhindret fra å utføre arbeid i andre medlemsstater dersom familien ikke fikk opphold. Spørsmålet er om dette utgjør den nedre grensen for når man kan si at retten til fri bevegelse vil være truet, eller om arbeid og tjenesteytelser i andre medlemsstater i enda mindre omfang også er omfattet. Det kan for eksempel tenkes situasjoner der en arbeidstaker i forbindelse med sitt arbeid reiser til andre medlemsstater en gang i måneden. Det er uvisst hvor den nedre grensen går, men jeg antar at reisevirksomhet av et slikt omfang ikke er tilstrekkelig. Den grensekryssende aktiviteten må være av en viss intensitet og et visst omfang, før det kan sies å være nødvendig at familiemedlemmer får oppholde seg i hjemstaten.

5.2.3 Nødvendighetskravet

I *S og G* påpekes det at barnepass (slik som i *Carpenter*) kan være et «relevant forhold» i vurderingen av om familiemedlemmets opphold er nødvendig for at referansepersonen ikke skal avskrekkes fra å benytte retten til fri bevegelse. Domstolen påpeker at selv om det er «ønskværdig» at svigermor passer barnet, er det ikke «i sig selv tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at der foreligger en sådan afskrækkende virkning».³³³

Dette sier blant annet noe om hva restriksjonsforbudet rammer. Det skal ikke bare være «ønskværdig», men grensen går der det å nekte opphold for familiemedlemmet «afskrækker» unionsborgeren fra faktisk utøvelse av retten til fri bevegelse. Terskelen ser ut til å være høyere enn hva man kan lese ut av *Carpenter*, hvor vurderingstemaet var hvorvidt nektelse av opphold medførte at tjenestefriheten ikke fikk «full gennemslagskraft».³³⁴ I *S og G* later det til at terskelen ligger der familiemedlemmets tilstedeværelse er «nødvendig».³³⁵ Kanskje har EU-domstolen gått noe tilbake på den «liberale tilnærmingen» som *Carpenter* blant annet var uttrykk for.³³⁶

Det er imidlertid ikke klart hvilke andre årsaker enn manglende barnepass som kan føre til at referansepersonen avskrekkes fra å utøve sine grunnleggende friheter. Det som kjennetegner barnepass, er at det handler om å muliggjøre den andres aktivitet, ved at sistnevnte avlastes fra oppgaver på et annet område. Barnepass er derfor ikke et bidrag til selve aktiviteten som referansepersonen gjør. Det sentrale er om tredjelandetsborgeren bidrar på en måte som legger til rette for gjennomføringen av den grenseoverskridende aktiviteten.

³³³ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 43.

³³⁴ Sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 39.

³³⁵ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 42.

³³⁶ Tryfonidou (2009) s. 638.

5.2.4 Nær familierelasjon

Uttalelsene i *S og G* om at det ikke er tilstrekkelig at det er «ønskverdig» at svigermor passer barnet, viser også hvordan EU-domstolen vektlegger familiebandet mellom unionsborgeren og den som passer barnet. Domstolen påpeker forskjellen mellom *Carpenter* og den foreliggende saken: Selv om barnepass i *Carpenter* ble ansett som en «avgjørende omstændighed», var det der unionsborgerens *ektefelle* som passet barna.³³⁷ Her ser vi hvordan EU-domstolen etablerer sammenheng mellom retten til fri bevegelse og retten til familieliv. Kjernefamilien har tilsynelatende et sterkere vern. Slik jeg leser *S og G*, er ikke nødvendigheten av familiens tilstedeværelse det eneste avgjørende for at retten til fri bevegelse skal være effektiv. Det spiller også en rolle hvilken relasjon familiemedlemmet har til unionsborgeren. Som Skovgaard-Petersen uttaler det, «tjener inddragelsen af styrken af de familiemæssige bånd [...] til at sætte grænser for EU-rettens anvendelighed». Skovgaard-Petersen mener at EU-domstolen bruker retten til familieliv på en annen måte i *Carpenter* enn i *S og G*. I *Carpenter* ble retten til familieliv brukt til å utvide retten til fri bevegelse ved at denne skulle leses i lys av retten til familieliv etter EMK art. 8. I *S og G* ble retten til familieliv anvendt som grensesetter for det samme, ved at familierelasjonen mellom svigermor og svigersønn ikke var sterk nok til å være beskyttet.³³⁸ Domstolen begrunner imidlertid ikke hvorfor den ikke tar hensyn til definisjonen av «familiemedlem» i unionsborgerdirektivet ved vurderingen av oppholdsretten til svigermor S. Etter unionsborgerdirektivet kan en svigermor nemlig være omfattet dersom hun forsørges av referansepersonen, jf. art. 2 nr. 2 litra d, og hun er da blant de mest beskyttelsesverdige familiemedlemmene.

Dersom referansepersonen driver omfattende reisevirksomhet hvor vedkommende er helt avhengig av barnepass, og heller ikke har en ektefelle som kan passe barna, kan det tenkes at det ikke har betydning at familierelasjonen er fjernere. Altså kan det tenkes at svigermor S vil ha rett til opphold dersom hennes pass av barna er nødvendig for at referansepersonen skal kunne utøve grenseoverskridende aktiviteter. Legges dette til grunn, henger familierelasjonen og restriksjonsvurderingen tett sammen. Det kan likevel ikke settes opp en klar grense for hvilke familiemedlemmer som omfattes. Det må foretas en helhetsvurdering. *S og G* er vanskelig å trenge gjennom på dette punktet. Hvis logikken er at referansepersonens utøvelse av retten til fri bevegelse hindres dersom vedkommende ikke kan få barna passet, virker det samtidig ulogisk at det har betydning hvilket familiemedlem som passer dem.

³³⁷ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 43.

³³⁸ Skovgaard-Petersen (2014) s. 142. Han påpeker også det interessante i at resultatet i *Carpenter* ga den filipinske ektefellen en mer gunstig rettsstilling enn hun ville fått etter EMDs praksis, hvor nettopp EMK art. 8 ikke anses som tilstrekkelig i seg selv til å tilkjenne tredjelandsborgere rett til familiegjenforening. I samme retning også Holst-Christensen (2009) s. 235, som i forbindelse med en analyse av *Carpenter*, *Akrich* og *Metock* uttaler at EU-domstolen ser ut til å overoppfylle forpliktelsene etter EMK art. 8.

5.2.5 Sammenfatning av de tre momentene

Det første momentet (grenseoverskridende aktivitet) er absolutt nødvendig for at EØS-retten i det hele tatt skal komme til anvendelse. De to siste (nødvendighetskravet og familierelasjon) har en innbyrdes sammenheng, hvor sterk nødvendighet av tilstedeværelse kan veie opp for en svak familierelasjon og omvendt.

Dette er det nærmeste jeg kommer et klart utgangspunkt for restriksjonsvurderingen. EU-domstolen har overlatt mye av den nærmere vurderingen til nasjonale myndigheter og domstoler, og jeg kan ikke se at domstolen har fulgt oppfordringen fra generaladvokat Sharpston i *S og G* om «tydeligt [å angi] de relevante parametre» nasjonale domstoler og forvaltningsorganer skal ta hensyn til ved vurderingen av om EU-retten kommer til anvendelse, og om den gir familiemedlemmer en avledet oppholdsrett i hjemstaten eller ikke.³³⁹ Konsekvensen av dette er at vi står igjen med en uklar rettstilstand.

5.3 Rekkevidden av Carpenter-regelen

Tjenesteytere og arbeidstakere er omfattet av restriksjonsforbudet i pendlersituasjonene. I *S og G* tok ikke EU-domstolen stilling til hvorvidt restriksjonsforbudet også omfatter art. 20 og 21 nr. 1 TEUF-situasjonene, slik at forbudet kan sies å gjelde generelt for alle unionsborgere som utøver retten til fri bevegelighet. De faktiske omstendighetene i *S og G* vedrørte arbeidstakere, og domstolen nøyde seg med å uttale at art. 45 TEUF presiserer innholdet av art. 20 og 21 nr. 1 hva gjelder arbeidskraftens frie bevegelighet.³⁴⁰ Følgelig er det ikke stilt opp et generelt restriksjonsforbud, slik som i hjemkomstsituasjonene.³⁴¹ Carpenter-regelen gjelder derfor etter dagens rettstilstand kun for tjenesteytere og arbeidstakere. Hvorvidt regelen vil være anvendelig også for personer som utøver andre friheter er ikke avklart. Det er særlig to kategorier av fri bevegelighet hvor spørsmålet kan bli satt på spissen, nemlig retten til å motta tjenester, jf. art. 56 TEUF,³⁴² og til å studere, jf. art. 21 nr. 1 TEUF,³⁴³ i andre medlemsstater mens man fortsetter å bo i sin egen hjemstat. I begge disse situasjonene kan det tenkes at det er nødvendig at familiemedlemmer får oppholde seg i hjemlandet for at EØS-borgeren skal kunne utøve retten til fri bevegelighet. Det gjenstår å se om EU-domstolen vil få spørsmålet forelagt og hvordan den eventuelt vil konkludere, men det er ikke utelukket at de samme vurderingsmomentene vil kunne gjøre seg gjeldende også for andre personkategorier. For eksempel kan en EØS-borger som jevnlig reiser til andre medlemsstater for å motta helsetjenester

³³⁹ Generaladvokat sag C-457/12 *S og G*, premiss 44. Behovet for en «klar og overskuelig vejledning» fremheves også avslutningsvis i generaladvokatens uttalelse, jf. premiss 158.

³⁴⁰ Sag C-457/12 *S og G*, premiss 45.

³⁴¹ Se avsnitt 4.2.3.

³⁴² Det følger av fast praksis at art. 56 TEUF også innebærer en rett til å reise til andre medlemsstater for å motta tjenesteytelser, jf. sag C-221/11, premiss 35-36.

³⁴³ Retten til å studere i andre medlemsstater har grunnlag i art. 21 nr. 1 TEUF, jf. Barnard (2013), s. 474.

være avhengig av å ha familien boende sammen med seg i hjemstaten. Det samme vil kunne gjøre seg gjeldende for studenter som er avhengige av barnepass for å kunne gjennomføre studier i en annen medlemsstat enn den de bor i.

5.4 Oppholdsrettens innhold og varighet

5.4.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis, fremgår det ikke uttrykkelig av utlendingsloven kap. 13 at familiemedlemmer av grensekryssende pendlere kan være omfattet av bestemmelsene i kapittelet. EU-domstolen har heller ikke lagt til grunn en løsning med analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet, slik som ved hjemkomstsituasjonene.³⁴⁴ Det er derfor uklart hvilke materielle rettigheter tredjelandsborgeren har under oppholdet, og hvilken rettsstilling tredjelandsborgeren vil ha ved et samlivsbrudd eller dersom referansepersonen dør.

5.4.2 Materielle rettigheter

Selv om tredjelandsborgere i pendlersituasjonene vil kunne ha avledet rett til opphold, er det mer usikkert hva innholdet i denne rettigheten er enn der det dreier seg om tredjelandsborgere som har en avledet rett etter unionsborgerdirektivet. Det er for eksempel usikkert om retten til likebehandling etter art. 24 eller retten til å ta arbeid etter art. 23 gjelder for familiemedlemmer med opphold på grunnlag av Carpenter-regelen. Den samme løsningen som i *O og B* med analogisk anvendelse av unionsborgerdirektivet, hvor man er sikret tilsvarende rettigheter som man ville fått ved opphold i en annen medlemsstat, ville gitt bedre rettssikkerhet for tredjelandsborgere i pendlersituasjonene. En løsning tilsvarende forslaget til generaladvokat Stix-Hackl i *Carpenter* ville også ha ført til bedre rettssikkerhet. Generaladvokatens forslag tok utgangspunkt i at selve rettsgrunnlaget for oppholdet var direktiv 73/148/EØF (nå erstattet av unionsborgerdirektivet).³⁴⁵

5.4.3 Oppholdsrettens varighet

Det er også uvisshet knyttet til varigheten av oppholdsretten til familiemedlemmer i en slik situasjon. Det er uklart hva som vil være rettsfølgene dersom den grenseoverskridende aktiviteten opphører, eller dersom tredjelandsborgerens opphold ikke lenger er nødvendig for utøvelsen av retten til fri bevegelse, for eksempel fordi barna ikke lenger trenger pass.

Det er uklart om familiemedlemmet i så fall vil miste oppholdsretten. Sagt på en annen måte: Man kan spørre seg om «inngangsbilletten» til EØS-retten er tidsbegrenset eller om den varer på ubestemt tid. Det er nærliggende å anta at grunnlaget for familiemedlemmenes oppholds-

³⁴⁴ Se avsnitt 4.3.1.

³⁴⁵ Generaladvokat i sag C-60/00 *Carpenter*, premiss 101.

rett faller bort dersom den grenseoverskridende aktiviteten opphører. Dette er også synet til Guild m.fl.³⁴⁶ Selv om EØS-retten som sådan ikke lenger er anvendelig, vil det likevel være plikt til å vurdere om det vil være i strid med EMK art. 8 å nekte familiemedlemmet fortsatt opphold.

EU-domstolens avgjørelse i *Singh* etablerte at arbeidstakere er beskyttet også etter at de har vendt hjem. Begrunnelsen var at det ville utgjøre en hindring for å reise ut i første omgang dersom arbeidstakeren ikke kunne ha visshet om at familien kunne være med tilbake.³⁴⁷ Et spørsmål blir derfor om dette kan overføres til pendlersituasjonene. Selv om situasjonene er ulike, er mye av formålet med tredjelandsborgerens oppholdsrett det samme: Beskyttelsen av et familieliv som er etablert eller styrket under utøvelsen av retten til fri bevegelse, vil sikre at retten til fri bevegelse benyttes. Det vil påvirke pendlerens valg med hensyn til å benytte retten til fri bevegelse dersom vedkommendes familie mister oppholdsretten idet den grensekryssende aktiviteten opphører.

Prinsipielt sett kan man spørre seg om det er noen forskjell mellom de to situasjonene (hjemkomst- og pendlersituasjonen). Man kan sammenligne en referanseperson som har bodd i hjemstaten, men arbeidet i en annen medlemsstat i flere år (pendlersituasjonen), med en som *ikke* har vært økonomisk aktiv *men* oppholdt seg i en annen medlemsstat i kun tre måneder for deretter å vende hjem (hjemkomstsituasjonen). Den siste vil fortsatt være omfattet av EØS-retten når han eller hun vender hjem med sin familie, og familien vil ha rett til opphold i hjemstaten dersom vilkårene i unionsborgerdirektivet er oppfylt. Den første vil miste grunnlaget for familiens avledede oppholdsrett idet den grenseoverskridende aktiviteten opphører. Den eneste forskjellen slik jeg ser det, er at familien i det første tilfellet ikke har *bodd og oppholdt* seg i en annen medlemsstat *sammen*, mens dette er tilfellet for hjemkomstsituasjonene. En praktisk løsning kan være at pendleren i en periode tar med familien og flytter til staten der vedkommende jobber, for så å flytte bopelen tilbake til hjemstaten. Da vil Singh-regelen slå inn.

Man kan også tenke seg et tilfelle der for eksempel en nordmann er ukependler slik at vedkommende bor deler av tiden (for eksempel i helgene) i Norge og deler av tiden (for eksempel i ukedagene) i landet der arbeidet utføres, og at vedkommendes familiemedlemmer bor i sistnevnte land. Dersom vedkommende vil gå over til utelukkende å bo og arbeide i Norge, blir det spørsmål om familiemedlemmene har rett til opphold i Norge på bakgrunn av Singh-regelen. Svaret på dette beror på om nordmannens delvise opphold i den andre medlemsstaten

³⁴⁶ Guild (2014) s. 70.

³⁴⁷ Se kapittel 4 om Singh-regelen.

er tilstrekkelig reelt. EU-domstolen tok ikke i *O og B* stilling til om det kreves at bostedet i vertsstaten var referansepersonens eneste bosted. Generaladvokat Sharpston påpekte imidlertid i sitt forslag til *S og G* og *O og B* at det ikke bør ha betydning for spørsmålet at referansepersonen har beholdt en eller annen form for bolig i et annet land.³⁴⁸ Dette eksempelet viser hvor vanskelig det kan være å avgjøre hvilke situasjoner som er omfattet av EU/EØS-retten og ikke.

For noen kan det være vanskelig å få familiegjenforening etter interne nasjonale regler, men enklere etter EØS-reglene. Enkelte familiemedlemmers oppholdsrett kan derfor avhenge av at referansepersonen driver grenseoverskridende aktivitet. Situasjonen blir da at vedkommende på sett og vis er «tvunget» til å benytte seg av retten til fri bevegelse for å opprettholde tredjelandsborgerens avledede oppholdsrett. Dette er i seg selv en paradoksal tanke – at man er *tvunget* til å utøve en *frihet*. Generaladvokat Sharpston påpeker også dette i sin uttalelse i *S og G* vedrørende art. 21 TEUF. Hun viser til at selv om formålet med bestemmelsen er å lette fri bevegelse i unionen, så «har bestemmelsen imidlertid ikke til formål at gjennomtvinge fri bevegelse». ³⁴⁹ Samtidig må dette ses i sammenheng med kompetansefordelingen mellom EU/EØS og medlemsstatene når det gjelder innvandringsregulering. Det er ikke inkonsekvent at det kun er ved grenseoverskridende aktivitet at EU/EØS-retten aktiveres og utløser rettigheter også for familiemedlemmene. EU/EØS-rettens formål er at det indre marked skal styrkes ved blant annet fri bevegelse. Det er ikke familiegjenforening som er det primære formålet. Rett til familiegjenforening følger bare som en konsekvens ved utøvelsen av de grunnleggende frihetene etter EU/EØS-retten. Den avledede oppholdsretten for tredjelandsborgeren opphører derfor når nektelse av oppholdsrett ikke lenger utgjør en restriksjon på retten til fri bevegelse for EØS-borgeren.

5.5 Gjennomføringen i norsk rett

5.5.1 Innledning

Det er EØS-avtalen art. 28 og 36, ikke utlendingsloven kapittel 13, som regulerer pendlersituasjonen. Norge har gjennom disse bestemmelsene en plikt til ikke å iverksette tiltak som utgjør en restriksjon på retten til fri bevegelse for arbeidstakere og tjenester. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1, og har forrang ved konflikt med andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. Som Arnesen og Stenvik påpeker, omfatter inkorporasjon av en EØS-bestemmelse også fremtidig utvikling i EU- og EFTA-domstolens praksis.³⁵⁰ Det er EØS-avtalen art. 28 og 36, slik de til enhver tid er å forstå, som gjelder som norsk lov. I en slik situasjon vil altså hoveddelen i EØS-avtalen gå foran de

³⁴⁸ Generaladvokat i sag 457/12 *S og G*, premiss 104.

³⁴⁹ Generaladvokat i sag 457/12 *S og G*, premiss 89.

³⁵⁰ Arnesen (2009) s. 82.

alminnelige reglene for familiegjening i utlendingsloven kapittel 6. Dette følger i tillegg av forrangsbestemmelsen i utl. § 3.³⁵¹ Den korresponderende oppholdsretten for tredjelandsborgere er imidlertid ikke regulert i en positiv lovhjemmel.

ESA har i sitt åpningsbrev kritisert Norge for ikke å lovfeste rettigheten og påpeker følgende:

«The Authority is not aware of any provisions in the Norwegian legislation which could ensure the possibility for Norwegian nationals in the situations at issue in *Carpenter and S* to rely on EEA law for the purposes of reuniting with a TCN [third country national] family member.»³⁵²

Norges første svar på dette (i tidligere dialog med ESA) var at slike saker behandles under prinsippet om sterke humanitære hensyn.³⁵³ ESAs oppfatning er at den manglende «knaggen» i norsk rett for å sikre muligheten for rett til familiegjening i en slik situasjon, representerer et brudd på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen art. 28 og 36.³⁵⁴ I Norges svarbrev til ESA fremgår det at norske myndigheter har liten erfaring med denne problemstillingen, og derfor har behov for mer tid til å vurdere de relevante rettskildene. Norge har uttrykt ønske om å gå i dialog med ESA om dette.³⁵⁵

Her oppstår spørsmålet om det er nødvendig for å unngå traktatbrudd at retten lovfestes i en egen lovhjemmel, når den allerede følger av en tolkning av forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen art. 28 og 36.

5.5.2 Manglende uttrykkelig hjemmel som traktatbrudd

Ved drøftelsen av spørsmålet om mangel på uttrykkelig lovhjemmel utgjør et traktatbrudd, kan det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i følgende scenario: En norsk kvinne som bor i Norge er tilbudt arbeid i Sverige. Dersom hun benytter seg av tilbudet, vil det innebære at hun en del av tiden vil være borte fra hjemmet, hvilket er vanskelig gjennomførbart fordi hun har omsorg for to små barn fra et tidligere ekteskap. Kvinnen har en ektemann i Russland. Han har imidlertid ikke rett til opphold i Norge, da kvinnen ikke oppfyller inntektskravene i utlendingsforskriften §§ 10-8 og 10-9. Dersom denne kvinnen ikke er klar over hvilke rettigheter

³⁵¹ Se tilsvarende Bull i Vevstad (2010) s. 644. Bulls uttalelse ligger forut for dommen i *S og G*. Hans fortolking vedrører derfor kun Carpenter-situasjonen og tjenesteregulene i EØS-avtalen. Det er imidlertid ikke noe som tilsier at ikke det samme nå må gjelde også for arbeidstakerregulene i art. 28.

³⁵² EFTAs overvåkningsorgan (2014), punkt 139.

³⁵³ EFTAs overvåkningsorgan (2014), punkt 140.

³⁵⁴ EFTAs overvåkningsorgan (2014), punkt 141.

³⁵⁵ Arbeids- og sosialdepartementet (2015), s. 7.

hun (og ektemannen) har etter Carpenter-regelen, vil hun ikke benytte seg av jobbtilbudet. I henhold til EU-domstolens praksis kan dette utgjøre en hindring av retten til fri bevegelighet. Retten til fri bevegelighet er ikke effektiv.

Spørsmålet er således om det utgjør et traktatbrudd at personer i pendlersituasjonen ikke er gjort klar over at de kan ha rettigheter etter EØS-retten. Er det tilstrekkelig at forbudsbestemmelsene fremgår av EØS-avtalens hoveddel, og at eventuelle gale forvaltningsvedtak vil kunne bli overprøvd av domstolene? Eller følger det av lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen art. 3 at Norge også har en aktivitetsplikt, som innebærer at staten er forpliktet til å gi en hjemmel som fungerer som «folkeopplysning» om hvilke rettigheter man kan ha til familiegjening etter EØS-avtalens art. 28 og 36? Av EØS-avtalen art. 3 fremgår det at Norge er forpliktet til å treffe tiltak som er egnet til å «oppfylle de forpliktelser som følger» av avtalen. Dette er i teorien blitt ansett som et «skjerpet gjennomføringskrav» i EØS-retten i forhold til alminnelig folkerett.³⁵⁶ Graver omtaler lojalitetsplikten som en plikt for staten til ikke bare å avstå fra å motarbeide EØS-reglene, men også positivt å treffe tiltak for å oppfylle EØS-forpliktelsene.³⁵⁷ Spørsmålet er om lojalitetsplikten innebærer en plikt til å kommunisere lovstoffet på en slik måte at borgerne i større grad kan forutberegne sin rettsstilling.

Det vil favne for vidt å gå nærmere inn i en analyse av lojalitetspliktens rekkevidde i denne avhandlingen. Etter mitt syn bør det imidlertid være tilstrekkelig for å unngå traktatbrudd at publikum gjøres uttrykkelig oppmerksom på de rettigheter EØS-retten gir, uten at det kan stilles krav om en særskilt lovhjemmel i tillegg til EØS-avtalen art. 28 og 36.³⁵⁸ I dansk rett er det oppstilt en nokså vag og generell forskriftsbestemmelse om at familiemedlemmer av danske statsborgere kan gis opphold i den utstrekning EU-retten krever det,³⁵⁹ men jeg kan ikke se at bestemmelsen i seg selv gir noe mer veiledning. Det gjenstår å se hvordan ESAs kritikk vil bli behandlet i den videre dialogen mellom Norge og ESA og en eventuell traktatbruddsak i EFTA-domstolen.

5.6 Oppsummering

Vi har sett at dersom en norsk statsborger arbeider eller yter tjenester i en annen EØS-medlemsstat i henhold til EØS-avtalen art. 28 og 36 mens vedkommende er bosatt i Norge, vil

³⁵⁶ Sejersted (2011) s. 196.

³⁵⁷ Graver (2006) s. 215.

³⁵⁸ Slik opplysning kan for eksempel gis gjennom UDIs nettsider på samme måte som det er gjort for hjemkomstsituasjonen, se UDI (2015).

³⁵⁹ EU-opholdsbekendtgørelsen § 13. Nærmere kriterier for når slik oppholdsrett kan gis følger av Familiesammenføringsmeddelelsen (tilsvarende et rundskriv) fra danske utlendingsmyndigheter. I tillegg til dette foreligger det en uttalelse fra Justitsministeriets lovafdeling om sakene *O og B* og *S og G*. Dette praksisnotatet gir også forvaltningen veiledning om hvordan slike saker skal løses.

dennes familiemedlemmer fra tredjeland kunne ha en avledet rett til opphold. Hvorvidt de har en slik rett beror på flere forhold. For det første må det foreligge en grensekryssende aktivitet av et visst omfang og intensitet. For det andre må familiemedlemmets opphold være nødvendig for gjennomføringen av den grensekryssende aktiviteten, og for det tredje må familierelasjonen være tilstrekkelig nær. Først når disse kravene er oppfylt, vil det å nekte oppholdsrett for familiemedlemmet være en begrensning i den norske statsborgerens rett til fri bevegelse som EØS-retten ikke tillater.

Jeg har vist hvordan kriteriene for hva som må regnes som en restriksjon er vagt utformet, slik at det kan være vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Videre er det usikkerhet knyttet til innholdet av oppholdsretten, da det ikke er stilt opp en tilsvarende regel som ved hjemkomstsituasjonene om at unionsborgerdirektivet skal anvendes analogisk.

Restriksjonsvurderingen er tett knyttet opp til konkrete situasjoner, og det er derfor lite hensiktsmessig å illustrere med typetilfeller slik det ble gjort avslutningsvis i kapittel 4.

6 Omsorgspersoners oppholdsrett

6.1 Innledning

I dette kapittelet behandles de situasjoner hvor en mindreårig EØS-borger oppholder seg i en annen medlemsstat enn der vedkommende er statsborger, sammen med sin omsorgsperson som er tredjelandetsborger. Det kan for eksempel være et norsk barn som bor i Tyskland, eller et britisk barn som har flyttet til Norge. Situasjonen skiller seg fra Zambrano-saken, omtalt i avsnitt 2.5, ved at det foreligger et grenseoverskridende element.

Spørsmålet i disse tilfellene er om omsorgspersonen har en avledet oppholdsrett i vertsstaten. Dette er ikke regulert i utlendingsloven kap. 13, og faller også utenfor unionsborgerdirektivets personelle anvendelsesområde. Etter utl. § 110 (3) litra d og unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2 litra d er oppholdsretten for slektninger i oppstigende linje betinget av at de «forsørgeres av» referansepersonen.³⁶⁰ Dette vil ikke være tilfellet der det er slektningen som forsørger barnet. EU-domstolen har imidlertid etablert en regel for den primære omsorgspersonens avledede oppholdsrett i disse situasjonene. Regelen vil bli gjennomgått i det følgende. Avslutningsvis drøfter jeg hvorvidt denne regelen er anvendelig også i EØS-retten, herunder norsk rett.

6.2 EU-rettens regel om den primære omsorgspersonens oppholdsrett

6.2.1 Grunnlaget for den avledede oppholdsretten: Behovet for omsorgspersonens tilstedeværelse

Regelen om den primære omsorgspersonens avledede oppholdsrett ble første gang slått fast i C-200/02 *Chen*, og er senere fulgt opp i C-86/12 *Alokpa*.

Chen gjaldt den mindreårige unionsborgeren Catherine, som hadde kinesiske foreldre. Hun var født i Nord-Irland og hadde irsk statsborgerskap etter irsk rett. Hun og moren flyttet til Wales kort tid etter fødselen. Selv om hun i prinsippet aldri hadde beveget seg utenfor Storbritannias grenser, fant EU-domstolen at hennes irske statsborgerskap medførte at hun var omfattet av reglene om fri bevegelighet. Situasjonen kunne ikke sidestilles med en rent intern situasjon.³⁶¹ Det var på det rene at barnet oppfylte vilkårene for opphold i Storbritannia i henhold til direktiv 90/364/EØF art. 1 nr. 1.³⁶² Kravet om tilstrekkelige midler er oppfylt der referansepersonen har slike midler til rådighet, og de kan følgelig stamme fra et familiemedlem som er tredjelandetsborger.³⁶³ Kravet var oppfylt gjennom morens midler. De hadde også en dekkende sykeforsikring. Spørsmålet var imidlertid om moren hadde en avledet rett til opp-

³⁶⁰ Se avsnitt 3.3.3.

³⁶¹ Sag C-200/02 *Chen*, premiss 19.

³⁶² Nå unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b.

³⁶³ Sag C-200/02 *Chen*, premiss 30. Fulgt opp i sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 27.

hold. Avslag på oppholdsrett til en forelder som faktisk tar seg av barnet, fant EU-domstolen, ville frata barnets oppholdsrett i henhold til art. 18 EF³⁶⁴ «enhver effektiv virkning». Videre uttalte domstolen

«at et lille barns udnyttelse af oppholdsretten nødvendigvis innebærer, at barnet har ret til at blive ledsaget af den person, der faktisk tager sig af barnet, og følgelig, at denne person kan bo sammen med barnet i værtsmedlemsstaten under oppholdet».³⁶⁵

Alokpa gjaldt oppholdsrett for et lite tvillingpar som var franske, og deres mor som var tredjelandsborger. Barna var født og oppholdt seg i Luxembourg, men hadde fransk statsborgerskap som følge av at deres far var fransk. Barnas far var ute av bildet. Moren hadde omsorgen for dem alene. De to barna var omfattet av EU-rettens bestemmelser om fri bevegelighet da de oppholdt seg i en annen medlemsstat (Luxembourg) enn den de var statsborgere i (Frankrike).

Spørsmålet var først hvorvidt kravene i unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b om «tilstrekkelige midler» var oppfylt, slik at barna hadde rett til å oppholde seg i Luxembourg. Og der nest hvorvidt moren hadde en avledet oppholdsrett der. Moren hadde et stående tilbud om fast ansettelse i Luxembourg, men kunne ikke begynne å arbeide da hun manglet oppholds- og arbeidstillatelse.³⁶⁶ Det var derfor usikkert om vilkåret om tilstrekkelige midler var oppfylt. Det fremgår av generaladvokatens uttalelse at det under den muntlige forhandlingen i EU-domstolen ble brukt lang tid på å diskutere hvorvidt fremtidig og potensiell inntekt var tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om å råde over tilstrekkelige midler.³⁶⁷ Generaladvokat Mengozzi fant at betingelsen kan oppfylles dersom det «konkret er utsigt til fremtidige midler» som stammer fra et jobbtillbud som vedkommende har akseptert. En motsatt tolkning ville i følge Mengozzi «fratage den frie bevægelighed for unionsborgere dens effektive virkning».³⁶⁸ EU-domstolen tok imidlertid ikke stilling til dette spørsmålet, og overlot til den nasjonale domstolen å avgjøre hvorvidt vilkåret om «tilstrekkelige midler» var oppfylt, slik at barna hadde oppholdsrett i Luxembourg.³⁶⁹

For det tilfellet at barna hadde oppholdsrett etter artikkel 21 TEUF sammenholdt med unionsborgerdirektivet art. 7 nr. 1 litra b, uttaler EU-domstolen at «den af forældrene, der faktisk

³⁶⁴ Nå art. 21 TEUF.

³⁶⁵ Sag C-200/02 *Chen*, premiss 45.

³⁶⁶ Generaladvokat i sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 23.

³⁶⁷ Generaladvokat i sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 25.

³⁶⁸ Generaladvokat i sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 28.

³⁶⁹ Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 30.

tager sig af barnet, i medfør af de samme bestemmelser [kan] tage ophold med barnet i værtsmedlemsstaten».³⁷⁰

Barnas oppholdsrett avhenger altså av mors forsørgelse for at vilkåret om tilstrekkelige midler skal være oppfylt, men barna er også avhengige av hennes omsorg. Begge deler avhenger igjen av at mor har rett til å oppholde seg og arbeide i staten slik at hun kan forsørge og ta seg av barna. Barnas og morens oppholdsrett er gjensidig avhengige.

Mødrenes avledede oppholdsrett i de to sakene er begrunnet i at deres tilstedeværelse er nødvendig for en effektiv benyttelse av barnas rett til å ferdes og bevege seg fritt i unionen. Mødrenes avledede rett til opphold følger ikke av unionsborgerdirektivet, men av reglene om unionsborgereskapet. Som Hofstotter påpeker, kan man sette spørsmålstegn ved hvorfor situasjonen i *Chen* ikke hadde innflytelse på utarbeidelsen av reglene i unionsborgerdirektivet.³⁷¹ Saken ble forelagt EU-domstolen før unionsborgerdirektivet var ferdigstilt. Dommen falt imidlertid etter at direktivet var vedtatt og trådt i kraft.³⁷² Når direktivet ikke tar høyde for situasjonen som *Chen* representerer, etterlater det et tomrom med tanke på familiemedlemmers oppholdsrett i disse situasjonene. Kommisjonen foreslo å gå bort fra kravet om at slektninger i opp- eller nedstigende linje måtte forsørges av unionsborgeren.³⁷³ Rådets enstemmige holdning var at dette forslaget ikke kunne aksepteres.³⁷⁴ Kommisjonen godtok Rådets holdning.³⁷⁵ «Familiemedlemmer» etter unionsborgerdirektivet omfatter derfor slektninger i oppstigende linje som *unionsborgeren forsørger*, ikke slike slektninger unionsborgeren ikke forsørger. Følgelig ble det, som vi har sett, opp til EU-domstolen å fastlegge en regel for de situasjonene der tredjelandsborgeren forsørger den mindreårige unionsborgeren.

6.2.2 Regelens personelle rekkevidde

Spørsmålet i det følgende er om det bare er *foreldre* til mindreårige som kan få oppholdsrett på dette grunnlaget, eller om også andre kan være omfattet. Det kan tenkes mange eksempler der det er andre enn forelderen som er omsorgsperson.

La oss ta utgangspunkt i følgende scenario: En mindreårig unionsborger er bosatt i en annen medlemsstat enn sin egen sammen med bestefaren sin som er tredjelandsborger. Bestefaren

³⁷⁰ Sag C-86/12 *Aloka*, premiss 29.

³⁷¹ Hofstotter (2005) s. 554.

³⁷² Unionsborgerdirektivet trådte i kraft 30. april 2004, samme dag som det ble offentliggjort i EU-tidende, jf. § 41.

³⁷³ KOM (2001) 257, art. 2 nr. 2 litra c og d.

³⁷⁴ Rådets felles holdning av 5. des. 2003, s. 12.

³⁷⁵ SEK (2003) 1293, punkt 3.3.2.

har alene omsorgen for, og forsørger barnet. Bestefar er ikke omfattet av unionsborgerdirektivets personelle anvendelsesområde, da han ikke forsørgeres av barnet. Spørsmålet er om resonnementene i *Alokpa* og *Chen* tilsier at bestefar har en avledet oppholdsrett. Hans tilstedeværelse, forsørgelse og omsorg for barnet er også i vårt eksempel nødvendig av hensyn til at barnets benyttelse av fri bevegelighet ikke skal fratras «enhver effektiv virkning».³⁷⁶ Men er dette tilstrekkelig til at bestefar har oppholdsrett? Spørsmålet er om mødrenes oppholdsrett i de to sakene kun bygger på formålsbetraktninger vedrørende fri bevegelighet, eller om EU-domstolen også har lagt vekt på den nære tilknytningen som forholdet mellom foreldre og barn representerer.

Ordvalget i EU-domstolens premisser i de to dommene viser at domstolen både omtaler «*en forælder* [...] som rent faktisk tager sig af en mindreårig unionsborger», samt «*den person, der faktisk tager sig af barnet*».³⁷⁷ I de franske og engelske versjonene brukes henholdsvis «parent» / «parent» i første del av premissen, og «la personne assurant effectivement sa garde» / «the person who is his [or her] primary carer » i siste del. Av dette kan det utledes den snevre tolkning at domstolen vektlegger at det er tale om forelderen. Domstolen kan imidlertid også forstås slik at den ikke sikter til foreldre spesielt, men mer generelt til den person som faktisk tar seg av barnet. Den omstendighet at det i begge sakene konkret var tale om en forelder, kan ha vært bakgrunnen for at domstolen i én setning skriver «en forælder». At domstolen i neste setning skriver «den person», mener jeg kan tyde på at domstolen viser generelt til de personer som har omsorg for barnet. Lest i sin sammenheng, forstår jeg ikke domstolens omtale av «en forælder» som en presisering av «den person».

Denne tolkningen er også støttet av at EU-domstolen i *Chen* bygger på en analog forståelse av art. 12 i forordning (EØF) nr. 1612/68³⁷⁸ slik denne er tolket i *Baumbast*. Bestemmelsen gir barn av vandrende arbeidstakere rett til å fullføre utdanning i vertsstaten på like gode vilkår som vertsstatens egne statsborgere.³⁷⁹ I *Baumbast* forstår EU-domstolen bestemmelsen slik at den gir en rett for barnet «til at være ledsaget af *den person*, der faktisk passer det, og følgelig at *denne person* er i stand til at bo sammen med barnet i den nævnte medlemsstat under barnets uddannelse».³⁸⁰ Domstolen presiserer ikke at det er barnets foreldre det er snakk om, men snarere «*den person, der faktisk passer det*». Konkret gjaldt *Baumbast* oppholdsrett for barnets foreldre, som var tredjelandsborgere.

³⁷⁶ Sag C-200/02 *Chen*, premiss 45.

³⁷⁷ Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 28 (mine uth.) hvor det vises til *Chen* premiss 45 med nærmest identisk ordlyd.

³⁷⁸ Nå forordning (EU) nr. 492/2011 art. 10.

³⁷⁹ Se omtale av denne bestemmelsen og sag C-413/99 *Baumbast* i avsnitt 3.5.4.5.

³⁸⁰ Sag C-413/99 *Baumbast*, premiss 73 (min uth.).

I sitt forslag til avgjørelse i *Alkopa* bruker generaladvokat Mengozzi uttrykket «slægtning i opstigende linje, der faktisk tager sig af børnene».³⁸¹ Generaladvokat Tizzano anvender begrepet «verge» i samme ordelag som foreldre i sitt forslag til avgjørelse i *Chen*.³⁸²

Jeg mener derfor det er mest nærliggende å forstå EU-domstolen slik at det ikke har vært meningen å begrense regelen slik at den bare omfatter foreldre. Hofstotter synes å være av samme oppfatning. Han forstår EU-domstolen slik at det er den faktiske relasjonen mellom barnet og den som har omsorg for det, som er det relevante. Han påpeker at «primary care» ikke nødvendigvis innebærer «parental care».³⁸³ Denne forståelsen er også i tråd med hensynet til likebehandling. Hvorfor skulle barn, som har andre enn sine foreldre som nærmeste omsorgspersoner, stilles dårligere enn barn som ytes omsorg av sine foreldre? Hvem som kan være omfattet av regelen om oppholdsrett for omsorgspersoner vil nok avhenge av den konkrete situasjonen man står overfor. Det er imidlertid nærliggende å anta at «den person, der faktisk passer [barnet]», viser til en person som faktisk og/eller rettslig er barnets primære omsorgsperson. Jeg antar at det må foreligge en tilstrekkelig tilknytning mellom barnet og omsorgspersonen, men det er vanskelig å anslå hva som skal til for at dette tilknytningskriteriet er tilfredsstillt.

6.2.3 Oppholdsrettens varighet

Et neste spørsmål er om oppholdsrett etter denne regelen har en tidsmessig avgrensning, slik at den opphører den dagen unionsborgeren når myndighetsalder. Hele argumentasjonen er bygget opp omkring mindreåriges behov for en omsorgsperson og forsørger med hensyn til at retten til fri bevegelse skal bli effektiv. Det følger av EU-domstolens praksis vedrørende art. 10 i forordning (EU) nr. 492/2011³⁸⁴ at foreldrenes avledede oppholdsrett i situasjoner der barn av arbeidstakere er under utdanning i vertsstaten, varer frem til barnet blir myndig, eventuelt lenger dersom barnet fortsatt er under utdanning og er avhengig av foreldrenes tilstedeværelse for å fullføre utdanningen.³⁸⁵ Det er derfor nærliggende å anta at omsorgspersonens oppholdsrett i «Chen-sakene» opphører når barnet ikke lenger har behov for vedkommendes tilstedeværelse og omsorg.³⁸⁶

³⁸¹ Generaladvokat i sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 46.

³⁸² Generaladvokat i sag C-200/02 *Chen*, premiss 92.

³⁸³ Hofstotter (2005) s. 555. Se også Chalmers (2014) s. 498 som konkluderer i samme retning.

³⁸⁴ Som erstatter forordning (EØF) nr. 1612/68 art. 12 som *Baumbast* gjaldt.

³⁸⁵ Sag C-480/08 *Teixeira*, premiss 87, sag C-529/11 *Tijani*, premiss 29-31. Se omtale av disse sakene i avsnitt 3.5.4.5.

³⁸⁶ Guild (2014) s. 70.

6.2.4 Den primære omsorgspersonens øvrige rettigheter

Avledet oppholdsrett for omsorgspersonen er begrunnet i reglene om unionsborgerskap og ikke i unionsborgerdirektivet. Det er derfor usikkert hvorvidt de tredjelandsborgerne det gjelder har øvrige rettigheter etter direktivet. Jeg sikter til for eksempel reglene om likebehandling i unionsborgerdirektivet art. 24, og art. 23 om familiemedlemmers rett til å ta arbeid eller starte selvstendig næringsvirksomhet i vertsstaten. Begge bestemmelsene knytter seg til familiemedlemmer «som har oppholdsrett eller rett til fast opphold». Det fremgår ikke uttrykkelig at denne oppholdsretten skal følge av unionsborgerdirektivet. Sett i sammenheng med unionsborgerdirektivet art. 3, kan det imidlertid vanskelig argumenteres for at omsorgspersonene til mindreårige er omfattet av art. 23 og 24. Artikkel 3 definerer hvem som er «berettigede personer» etter unionsborgerdirektivet, og som direktivet derfor får anvendelse på. Her er denne persongruppen ikke omfattet.

Hofstotter mener imidlertid det er sannsynlig at EU-domstolen ville ha gitt et bekreftende svar på spørsmålet om omsorgspersonen er omfattet av retten til å ta arbeid etter unionsborgerdirektivet art. 23. Som han poengterer, vil en rett til å ta arbeid ofte være en forutsetning for at omsorgspersonen skal være i stand til å forsørge den mindreårige, og følgelig for at den mindreårige skal oppfylle vilkåret om «tilstrekkelige midler».³⁸⁷ Jeg er enig med Hofstotter i dette. Forelderens oppholdsrett er avledet fra barnets, men barnets oppholdsrett avhenger av foreldrens evne til å forsørge det økonomisk.

Da omsorgspersonenes oppholdsrett ikke følger av unionsborgerdirektivet men av annen EU-rett, er det også usikkert om de har rett til varig opphold etter fem år, jf. unionsborgerdirektivet art. 16 nr. 2. Bestemmelsen gjelder «familiemedlemmer» fra tredjeland som lovlig har oppholdt seg sammen med en unionsborger i vertsstaten i fem sammenhengende år. Som jeg har vist i avsnitt 3.2.5, er det et vilkår at oppholdet i denne perioden skal ha vært i overensstemmelse med vilkårene i unionsborgerdirektivet, særlig art. 7 nr. 2. De primære omsorgspersonene som forsørger en unionsborger er ikke omfattet av definisjonen «familiemedlem» i unionsborgerdirektivet art. 2 nr. 2, og de er dermed heller ikke omfattet av art. 7 nr. 2.

6.3 EØS-perspektivet og løsningen i norsk rett

EU-domstolen begrunner foreldrenes oppholdsrett med at den er nødvendig for at barnas rett til opphold i henhold til art. 21 TEUF, i sammenheng med unionsborgerdirektivet, skal ha en effektiv virkning. Den som tar seg av barnet, kan da «i medfør af de samme bestemmelser»³⁸⁸ ta opphold i vertsstaten. EU-domstolen er imidlertid klar på at omsorgspersonenes avledede

³⁸⁷ Hofstotter (2005) s. 555.

³⁸⁸ Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 29.

oppholdsrett ikke følger av unionsborgerdirektivets anvendelsesområde, og at slike situasjoner i utgangspunktet reguleres av nasjonale innvandringsregler. Domstolens begrunnelse for at disse tilfellene likevel reguleres av EU-retten, er at de har «en indre sammenheng med den frie bevegelse for en unionsborger», og at nasjonale innvandringsregler da kan utgjøre en hindring for unionsborgerens rettigheter, dersom tredjelandsborgeren ikke får oppholdsrett.³⁸⁹ Traktatbestemmelsene om unionsborgerskapet var utslagsgivende for denne tolkningen. Et spørsmål blir dermed om det gjelder en tilsvarende oppholdsrett etter EØS-avtalen.

Mindreårige EØS-borgere som oppholder seg i andre medlemsstater, faller helt klart utenfor kategorien «økonomisk aktive». Dette er også poengtert av Tryfonidou i en artikkel i *kjølvannet* av *Chen*. Hun påpeker at det ser ut til at EU-domstolen der helt har gått bort fra betingelsen om at det skal foreligge en grensekryssende aktivitet som bidrar til å bygge opp det indre marked. Det er tilstrekkelig å være unionsborger. Som hun skriver, innebærer ikke *Chen* noe økonomisk element – ikke engang indirekte.³⁹⁰ Følgelig befinner disse mindreårige seg langt fra kjernen av EU-retten slik den var før innføringen av unionsborgerskapet, og langt fra hovedformålene med EØS-avtalen, som er å «fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene».³⁹¹

Det er vanskelig å se for seg at EU-domstolen ville ha kommet til det samme resultatet uten reglene om unionsborgerskapet. Det er disse reglene, slik de er utviklet av EU-domstolen gjennom de siste 20 årene, som er selve grunnlaget for foreldrenes oppholdsrett i *Alokpa* og *Chen*. Retten til fri bevegelse som unionsborger er utgangspunktet. Unionsborgerdirektivet oppstiller betingelsene og begrensningene for benyttelsen av denne retten. Spørsmålet er da om det er grunnlag for å anvende unionsborgerdirektivet som rettslig grunnlag for en tilsvarende oppholdsrett i EØS. Det vil i så fall nødvendigvis gjøre en svært utvidende tolkning av direktivet. En slik tolkning vil også være i strid med Rådets enstemmige forkastelse av forslaget om at oppholdsrett for slektninger i oppstigende linje ikke skulle være betinget av at de forsørges av referansepersonen,³⁹² og dermed være vanskelig å forene med EU-domstolens klare avvisning av å tolke bestemmelser på en måte som resulterer i en rettsstilstand som uttrykkelig er forkastet av EU-lovgiver.³⁹³

Dersom unionsborgerdirektivet skal tolkes utvidende, langt utenfor sin ordlyd, slik at rettsstilstanden i EØS blir som i EU, må det finnes andre grunnlag i EØS-retten som kan begrunne

³⁸⁹ Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 23-24.

³⁹⁰ Tryfonidou (2005) s. 539.

³⁹¹ EØS-avtalen art. 1 nr. 1.

³⁹² Se avsnitt 6.2.1 hvor det refereres til Rådets felles holdning av 5. des. 2003, s. 12.

³⁹³ Se sag C-628/13, premiss 37 og sag C-477/13, premiss 33, som er omtalt i avsnitt 1.4.5.

dette.³⁹⁴ Det kan tenkes at retten til familieliv, og effektivitetshensyn – som EFTA-domstolen anvendte i *Clauder* og *Gunnarsson* – kan utgjøre slike grunnlag.

I *Clauder* la EFTA-domstolen vekt på effektivitet med hensyn til EØS-borgeres rettigheter etter unionsborgerdirektivet, og at retten til familieliv skal sikres, slik at EØS-borgere kan utnytte sine grunnleggende friheter etter EØS-retten.³⁹⁵ I *Gunnarsson* ble det vist til at også personer som ikke er økonomisk aktive har rett til fri bevegelighet, og at hjemstaten er forpliktet til ikke å hindre at denne retten blir effektiv.³⁹⁶ I avsnitt 4.2.3.2 konkluderte jeg at EFTA-domstolens rettssetning om at hjemstaten er forpliktet til ikke å stille slike hindringer i veien for utøvelsen av retten til fri bevegelighet etter unionsborgerdirektivet, gir grunnlag for en tilsvarende rettstilstand som i EU-retten, slik at direktivet kan anvendes analogisk i hjemkomstsituasjonene. Dette er imidlertid ikke like nærliggende når spørsmålet er den primære omsorgspersonens oppholdsrett i vertsstaten. Både *Clauder* og *Gunnarsson* gjelder personer som er omfattet av unionsborgerdirektivets personelle anvendelsesområde. Det samme gjelder i hjemkomstsituasjonene. *Alokpa* og *Chen* gjelder oppholdsrett for personer som i utgangspunktet ikke er omfattet (mødrene). At hjemstaten er forpliktet til å sørge for at retten til fri bevegelighet for *egne* statsborgere etter unionsborgerdirektivet ikke hindres, og derfor må gi rett til familiegjeningforening ved hjemkomst, er ikke det samme som at *vertsstaten* pålegges en plikt til å gi oppholdsrett til familiemedlemmer som *ikke* er omfattet av direktivet.

I norsk rett er det for øvrig slik at det finnes en hjemmel i utlendingsloven § 110 (2) annet punktum som gir familiemedlemmer av returnerende norske borgere rett til å være omfattet av lovens kap. 13. De primære omsorgspersonene er i utgangspunktet ikke omfattet av unionsborgerdirektivet eller utlendingslovens regler dersom de ikke blir forsørget av barnet. Jeg mener derfor det vil føre for vidt å legge til grunn at primære omsorgspersoner har oppholdsrett i vertsstaten etter EØS-retten med grunnlag i unionsborgerdirektivet.

Høyesterett har i Rt. 2015 s. 93 (omtalt i avsnitt 2.5) uttalt at premissene 20 til 37 i *Alokpa* «ikke har virkning for EØS-statsborgere».³⁹⁷ Høyesteretts henvisning til *Alokpa* gjelder nok først og fremst EU-domstolens uttalelser i premissene 32 til 35 om de særlige rettighetene som unntaksvis kan følge av unionsborgerskapet art. 20 TEUF i de situasjoner der utvisning av en unionsborgers eneste omsorgsperson fra unionsborgerens *hjemstat* kan medføre at unionsborgeren reelt er tvunget til å forlate unionen og dermed fratras «den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder» vedkommende er tillagt gjennom sin status som unions-

³⁹⁴ Se avsnitt 2.4.

³⁹⁵ Sak E-4/11 *Clauder*, premiss 34-35.

³⁹⁶ Sak E-26/13 *Gunnarsson*, premiss 79-82.

³⁹⁷ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 51.

borger.³⁹⁸ I *Alkopa* premiss 32 til 35 uttaler EU-domstolen at moren vil kunne ha rett til opphold på fransk område (barnas hjemstat) på grunnlag av art. 20 TEUF, dersom den luxembourgske domstolen skulle finne at vilkårene i unionsborgerdirektivet ikke er oppfylt, og at opphold i Luxembourg på grunnlag av art. 21 TEUF derfor er utelukket. Det er altså morens alternative oppholdsrett i Frankrike som drøftes fra premiss 32 til 35. Disse vurderingene knytter seg i større grad til de faktiske omstendighetene i saken for Høyesterett, som gjaldt familiegjenforening i Norge mellom en kenyansk kvinne og hennes norske datter. Det forelå ikke noe grenseoverskridende element og dreide seg følgelig om en rent intern situasjon. Saksforholdet i Høyesteretts dom er ikke sammenlignbart med situasjonen som diskuteres i dette kapitlet. For situasjonen i dette kapitlet er det premissene 20 til 31 i *Alokpa* som er relevante. Der vurderes barnas og morens oppholdsrett i *vertsstaten* Luxembourg.

Det er derfor uklart om Høyesteretts uttalelse om at premissene 20 til 37 i *Alokpa* ikke har virkning for EØS-statsborgere betyr at rettspraksis fra *Alokpa* generelt ikke kan anvendes i en EØS-rettslig sammenheng. Høyesteretts uttalelse har nok begrenset betydning i saker der det foreligger et grenseoverskridende element. Uttalelsen er imidlertid ikke helt uten betydning. Den peker i alle fall i retning av at *unionsborgerskapet* ikke kan brukes som grunnlag for omsorgspersoners oppholdsrett i Norge.

Jeg kan vanskelig se at EØS-retten gir grunnlag for en avledet oppholdsrett for den primære omsorgspersonen når en mindreårig norsk statsborger benytter retten til fri bevegelighet i en annen EØS-stat eller når en mindreårig EØS-borger tar opphold i Norge. Så vel unionsborgerdirektivets ordlyd som forarbeider og EØS-avtalens økonomiske hovedformål tilsier som vi har sett at direktivet ikke kan forstås slik at det gir omsorgspersonen oppholdsrett i de situasjoner jeg har behandlet i dette kapitlet. EU-regelen om omsorgspersonens oppholdsrett er derfor neppe overførbart til EØS, og vi er utenfor homogenitetsprinsippets rekkevidde.

6.4 Oppsummering

Vi har sett at det i EU-retten gjennom EU-domstolens praksis er etablert en regel om at omsorgspersoner til mindreårige unionsborgere kan ha en avledet oppholdsrett i en medlemsstat hvor unionsborgeren oppholder seg, men hvor sistnevnte ikke er statsborger. Denne retten er forankret i hensynet til at den mindreåriges rett til fri bevegelighet skal være effektiv. En effektiv rett til fri bevegelighet for en mindreårig avhenger av at omsorgspersonen er til stede der barnet bor, både for å yte omsorg i vid forstand, men også for å forsørge barnet. Oppholdsretten for den mindreårige og for omsorgspersonen er derfor gjensidig avhengig.

³⁹⁸ Sag C-86/12 *Alokpa*, premiss 32. Se omtale av unionsborgerskapets virkning i slike situasjoner under avsnitt 2.5.

Vi har også sett at denne regelen er vanskelig overførbar til EØS-retten. Mindreårige EØS-borgere er ikke økonomiske aktører. Selv om det er slått fast i *Gunnarsson* at retten til fri bevegelse for dem som ikke er økonomisk aktive skal sikres en effektiv gjennomføring, vil det etter mitt syn være å trekke det for langt å pålegge vertsstaten å gi oppholdsrett til en person som faller utenfor unionsborgerdirektivets personelle anvendelsesområde.

7 Avslutning

Fremstillingen har vist at EØS-statsborgeres rett til fri bevegelse over landegrensene også kan innebære en rett til å ha familiemedlemmer fra tredjeland med seg. Tredjelandsborgerens oppholdsrett følger da som en konsekvens av at EØS-borgerens rett til fri bevegelse skal være effektiv og gjennomføres uten hindringer. Dermed griper EØS-retten inn i nasjonale familieinnvandringsregler. I norsk rett er det ofte høyere terskel og strengere vilkår for familieforening enn det som følger av EØS-retten. Familier som befinner seg i en situasjon som utløser EØS-rettigheter er derfor bedre stillet enn familier som befinner seg i en «rent intern» situasjon. For noen familier er det derfor avgjørende hvorvidt deres situasjon er omfattet av EU/EØS-retten eller ikke.

I fremstillingen har jeg drøftet ulike situasjoner hvor EU/EØS-retten griper inn i nasjonal innvandringsregulering og begrenser det nasjonale handlingsrommet. EU-domstolens vurdering av hva som anses som en «rent intern» situasjon er snever. Dette gjør at tredjelandsborgere får en avledet oppholdsrett når de er i familie med en EØS-borger som flytter til og tar opphold i Norge. Dette kan til og med gjelde i situasjoner der EØS-borgeren er født og alltid har bodd i Norge, så lenge vedkommende er statsborger i en annen medlemsstat. Vi har også sett hvordan EØS-retten griper inn i nasjonal innvandringsregulering ved at tredjelandsborgeres avledede oppholdsrett ikke kan gjøres betinget av at vedkommende har oppholdt seg lovlig i EØS-området. Dette letter tredjelandsborgeres adgang til EØS-området, og åpner for at tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig vil kunne få lovlig oppholdsrett der de er eller blir i familie med en EØS-borger som benytter retten til fri bevegelse.

Tredjelandsborgere har en avledet oppholdsrett i Norge når de returner til Norge sammen med et norsk familiemedlem som har hatt et tilstrekkelig reelt opphold i en annen EØS-stat. I noen situasjoner kan tredjelandsborgere ha en avledet oppholdsrett i Norge også der de er i familie med en norsk borger som bor i Norge, men pendler til andre medlemsstater som arbeidstaker eller tjenesteyter. Tredjelandsborgere som er primær omsorgsperson for en mindreårig unionsborger kan ha en avledet oppholdsrett når den mindreårige benytter retten til fri bevegelse. Dette er begrunnet i den mindreåriges behov for forsørgelse og omsorg.

I avhandlingen har jeg også vist at det kan være usikkert hvordan den delen av EU-domstolens praksis som bygger på unionsborgerskapet kan eller skal anvendes i en EØS-rettslig sammenheng. Forskjellen mellom EU- og EØS-rett på dette området er begrunnet i ulike formål og målsetninger. Formålet i EØS-avtalen er tilknytning til det indre marked, hvilket har et mer økonomisk og mindre sosialt perspektiv. Alle unionsborgere i EU har i utgangspunktet en grunnleggende rett til fri bevegelse. En tilsvarende grunnleggende rett foreligger ikke for alle EØS-borgere, kun for de som er økonomisk aktive. Unionsborgerdi-

rektivet regulerer betingelsene for utøvelsen av denne retten. For EØS-statsborgere som ikke er økonomisk aktive, er utgangspunktet et annet: Retten følger ikke av en grunnleggende rett i henhold til EØS-avtalens hoveddel, men av bestemmelsene i unionsborgerdirektivet.

Ved hjemkomstsituasjonene fant jeg at det finnes andre grunnlag i EØS-retten som kan føre til samme resultat som EU-domstolens praksis knyttet til art. 21 TEUF. I saker der EU-domstolens resultat utelukkende bygger på unionsborgerskapsrettigheter og hvor det ikke finnes grunnlag i EØS-retten som kan føre til samme resultat, vil løsningen bli en annen. Et eksempel på dette er reglene om den primære omsorgspersonens oppholdsrett.

Når EØS-retten medfører lempeligere regler enn de nasjonale familieinnvandringsreglene, vil det være attraktivt å sette seg selv i en situasjon der EØS-retten kommer til anvendelse, slik at strengere nasjonale regler omgås. Dermed oppstår spørsmålet om omgåelse av nasjonale regler kan utgjøre misbruk av EØS-retten.

EU-domstolen har utviklet et prinsipp om at EU-retten ikke beskytter praksis som utgjør misbruk.³⁹⁹ Dette prinsippet har likevel snever rekkevidde.⁴⁰⁰ Det foreligger misbruk av EU/EØS-retten når to kumulative betingelser er oppfylt: Dels et sammenfall av objektive omstendigheter hvor det fremgår at formålet som EU/EØS-retten forfølger ikke er oppnådd selv om vilkårene i bestemmelsene formelt er oppfylt. Dels et subjektivt element som består i et ønske om å dra fordel av EU/EØS-retten ved kunstig å skape de betingelser som skal til for å oppnå denne fordel.⁴⁰¹ Hjemkomstsituasjonene som jeg behandlet i kapittel 4, kan tjene som eksempel på «U-svingsituasjoner» der misbruk-karakteristikken kan ligge nær. Flere forfattere har imidlertid tatt til orde for at et misbruksprinsipp innen området for fri bevegelighet for personer er lite anvendelig.⁴⁰² Når EU-domstolen krever et «tilstrekkelig reelt» opphold, har den også satt en standard for når EU/EØS-retten er anvendelig, uten at det er nødvendig å foreta en misbruksvurdering. Et kort hotellopphold i Sverige er ikke tilstrekkelig for å være omfattet av EØS-retten ved tilbakevending til Norge.

Motivene for å anvende retten til fri bevegelighet er irrelevante så lenge vedkommende faktisk og reelt utøver eller ønsker å utøve denne retten.⁴⁰³ Bevisst å plassere seg selv i en situasjon

³⁹⁹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 58. Unionsborgerdirektivet art. 35 er en kodifisering av dette prinsippet, se Sørensen (2006) s. 437-438.

⁴⁰⁰ Sørensen (2006) s. 427.

⁴⁰¹ Sag C-456/12 *O og B*, premiss 58.

⁴⁰² Se Ziegler (2011), Spaventa (2011), Dougan (2011) og generaladvokat i sag C-109/01 *Akrich*, særlig premiss 169-185.

⁴⁰³ Sag C-109/01 *Akrich*, premiss 55.

der EØS-rettigheter utløses er derfor ikke *i seg selv* misbruk.⁴⁰⁴ Selv om EU-lovgiver ikke nødvendigvis har hatt til hensikt å skape en rettighet som kan anvendes for å omgå nasjonal lovgivning, vil likevel de rettigheter som følger av å benytte retten til fri bevegelighet, være et ledd i utøvelsen av denne retten, og dermed ikke anses som misbruk.⁴⁰⁵ Da er det kanskje mer nærliggende å se på dette som et spørsmål om kompetansefordeling mellom medlemsstatene på den ene siden og EU- og EFTA-domstolen på den andre. I stedet for å snakke om misbruk eller ikke-misbruk, er det et spørsmål om hvorvidt man er omfattet av EU/EØS-retten eller ikke. Dette spørsmålet er det EU- og EFTA-domstolen som avgjør ut fra en tolkning av den foreliggende EU/EØS-retten.

Ved reell benyttelse av EØS-retten, vil derfor misbruksspørsmålet i familiegjenforeningssakene fort koke ned til en vurdering av om familierelasjonen er reell eller ikke, eller hvorvidt personene har oppgitt uriktig identitet eller andre falske opplysninger.

Det skal altså lite til for å manøvrere seg inn under EØS-retten og dermed omgå nasjonale regler. Dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om hvor heldig det er at nasjonale regler er så strenge at norske borgere blir henvist til å stille seg selv og sin familie i en situasjon som utløser de gunstigere EØS-reglene for å kunne leve sammen i det landet de selv ønsker. Flere har også pekt på at det foreligger en form for «omvendt diskriminering» når familier som er omfattet av EØS-retten stilles i en bedre situasjon enn de som faller inn under de nasjonale familieinnvandringsreglene.⁴⁰⁶ EØS-retten er imidlertid ikke til hinder for dette. Problemstillingen er opp til de enkelte medlemsstatene å håndtere. Det er staten selv som har kompetanse til, gjennom nasjonal lovgivning, å utligne forskjellen mellom interne situasjoner og situasjoner som omfattes av EØS-retten.

På den andre siden har ikke medlemsstatene kompetanse til å stramme inn familieinnvandringsreglene for familier som omfattes av EØS-retten. Dersom staten frykter at EØS-rettens lempeligere regler for familiegjenforening fører til økt innvandring, kan det tenkes at utfallet – for å få bukt med denne frykten – blir innstramning av de reglene staten har eksklusiv kompetanse over, slik at vilkårene for familiegjenforening for dem som ikke tilhører den mer privilegerte EØS-gruppen, gjøres strengere. Om noen av disse endringene i nasjonal utlendingslovgivning vil skje (enten at utlendingslovens øvrige regler likestilles med EØS-retten,

⁴⁰⁴ Se sag C-212/97 *Centros*, premiss 27 som vedrører fri etableringsrett, og hvor et selskap som hadde etablert seg i Storbritannia for å unngå de danske reglene om minste aksjekapital var omfattet av EU-reglene om fri etableringsrett. Se også sag C-200/02 *Chen*, premiss 34-35 og sag C-109/01 *Akrich*, premiss 55.

⁴⁰⁵ Generaladvokat i sag C-109/01 *Akrich*, premiss 180, hvor det henvises til sag C-212/97 *Centros*. Se også Spaventa (2011) s. 318.

⁴⁰⁶ Se for eksempel Staver (2013) s. 70, Tryfonidou (2009) s. 648, Guild (2014) s. 83-85, samt generaladvokat i sag C-434/09 *McCarthy*, premiss 39-41.

eller at utlendingsrettens øvrige regler strammes inn), er spørsmål som denne avhandlingen ikke tar sikte på hverken å besvare eller spekulere i.

For Norges del foreligger det et større handlingsrom i situasjoner der EU-rettens regler ikke gjelder i EØS på grunn av den manglende parallellen til unionsborgerskapet. I disse sakene vil det være norsk utlendingslovgivning – i samsvar med øvrige folkerettslige forpliktelser – som regulerer spørsmålene. Å bruke dette handlingsrommet til å sette strengere vilkår for familie-gjenforening kan medføre at norske borgere behandles dårligere enn unionsborgere. Innenfor dette handlingsrommet har det likevel vist seg at Høyesterett har latt seg inspirere av EU-rettspraksis om unionsborgerskapet.

Rent pragmatisk ville det nok vært enklere dersom alle EØS-borgere hadde de samme grunnleggende rettighetene som unionsborgerskapet gir. Dette ville medføre mindre tolkningstvil, og bedre forutberegnelighet for borgerne. På den annen side er det likevel slik at EØS nettopp *ikke* er det samme som EU. Å innfortolke et «EØS-borgerskap» tilsvarende unionsborgerskapet vil være å gå utenfor de rammene EØS-avtalen setter. Dette er imidlertid ikke til hinder for at norske myndigheter gir unionsborgere og deres familiemedlemmer fra tredjeland de samme rettigheter i Norge som de har krav på i EUs medlemsstater.

Selv om EU/EØS-retten ofte gir bedre rettigheter enn nasjonal rett, har det vist seg at rettstilstanden kan være usikker, slik at det er vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Dette har for eksempel vist seg i pendlersituasjonene der restriksjonsvurderingen er uklar med tanke på hvilke momenter som skal vektlegges og hvordan de skal veies opp mot hverandre ved vurderingen av om nektelse av oppholdsrett utgjør en restriksjon eller ikke. For det andre er tredjelandsborgerens materielle rettigheter under oppholdet i slike tilfeller også usikre. Den samme usikkerheten gjør seg også gjeldende for tredjelandsborgere som får oppholdsrett som primær omsorgsperson.

EØS-rettens fokus på fri bevegelighet i det indre marked kan også oppfattes som instrumentell fra tredjelandsborgerens perspektiv. Det er ikke tredjelandsborgeren og dennes rett til opphold som er i fokus. Det er kun i noen særlige tilfeller at tredjelandsborgere kan få en selvstendig oppholdsrett. Stort sett er deres oppholdsrett avledet og en følge av andre formål. Oppholdsretten er en konsekvens av EØS-borgerens rett til fri bevegelighet, og fri bevegelighet skal sikre økonomisk vekst og utvikling. Utfallet av EØS-rettens regler kan derfor være «familievennlig», men det grunnleggende formålet er et annet.

8 Kilder

8.1 Konvensjoner og erklæringer

| | |
|---------------|---|
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950 |
| EMK TP1 | Protokoll nr. 1 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950, Paris 1952 Protokoll om fritagelse for statsborgere i Norge, Danmark, Finland og Sverige for å inneha pass og oppholdstillatelse under opphold i annet nordisk land enn hjemlandet, København 1954 |
| Romatraktaten | Traktat om opprettelse af Det Europæiske økonomiske Fællesskab, Roma 1957 |
| EMK TP4 | Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, Strasbourg 1963 |
| EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992 |
| ODA | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, Oporto 1992 |
| TEU | Traktaten om den Den Europæiske Union, Maastricht 1992 |
| TEUF | Traktaten om Europæiske Unions funktionsmåde, sist konsolidert 2012 |

8.2 Direktiver, forordninger og beslutninger fra EØS-komiteen

| | |
|------------------------------|--|
| Direktiv 64/221/EØF | Rådsdirektiv av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen |
| Direktiv 68/360/EØF | Rådsdirektiv av 15. oktober 1968 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for arbeidstakere fra medlemsstatene og deres familie |
| Forordning (EØF) nr. 1612/68 | Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet |
| Direktiv 72/194/EØF | Rådsdirektiv av 18. mai 1972 om utvidelse av virkeområdet for rådsdirektiv av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen, til også å omfatte arbeidstakere som utøver retten til å bli boende på en medlemsstats territorium etter å ha hatt arbeid der |
| Direktiv 73/148/EØF | Rådsdirektiv av 21. mai 1973 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse |
| Direktiv 75/34/EØF | Rådsdirektiv av 17. desember 1974 om den rett statsborgere i en medlemsstat har til å bli boende på en annen medlemsstats territorium etter å ha utøvd selvstendig virksomhet der |
| Direktiv 75/35/EØF | Rådsdirektiv av 17. desember 1974 om utvidelse av virkeområdet for direktiv 64/221/EØF om samordning av særbestemmelsene om innreise og opphold for utenlandske statsborgere, i den utstrekning disse er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen, til også å omfatte de statsborgere i en medlemsstat som utøver sin rett til å bli boende på en annen medlemsstats territorium etter å ha utøvd selvstendig næringsvirksomhet der |

| | |
|------------------------------|---|
| Direktiv 90/364/EØF | Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett |
| Direktiv 90/365/EØF | Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett for lønnsmottakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet |
| Direktiv 90/366/EØF | Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om studenters oppholdsrett |
| Direktiv 93/96/EØF | Rådsdirektiv 93/96/EØF av 29. oktober 1993 om studenters oppholdsrett |
| Direktiv 2003/86/EØF | Rådets direktiv 2003/86/EF af 22. september 2003 om ret til familiesammenføring |
| Direktiv 2003/109/EF | Rådets direktiv 2003/109/EF af 25. november 2003 om tredjelandstatsborgeres status som fastboende udlænding |
| 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 medlemsstatenes 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] |
| Forordning (EF) nr. 883/2004 | Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om samordning av trygdeordninger |
| Direktiv 2005/36/EF | Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om godkjenning av faglige kvalifikasjoner. [Yrkeskvalifikasjonsdirektivet] |
| 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) |
| Forordning (EU) nr. 492/2011 | Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5. april 2011 om arbeidskraftens frie bevegelse inden for Unionen |

8.3 Internasjonal rettspraksis

8.3.1 EFTA-domstolen

Tilgjengelige på: <http://www.eftacourt.int/cases/>

| | | |
|---------------------------------|---|---------------------------|
| Sak E-9/97 | Sveinbjörnsdóttir v. Government of Iceland | EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95 |
| Sak E-4/01 | Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State | EFTA Ct. Rep. 2008 s. 240 |
| Sak E-1/02 | EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway (Post doc) | EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1 |
| Sak E-1/07 | Criminal proceedings against A (Straffesak mot A) | EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246 |
| Forente saker E-9/07 og E-10/07 | L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge | EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259 |
| Sak E-4/11 | Arnulf Clauder | EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216 |
| Sak E-15/12 | Jan Anfinn Wahl v the Icelandic State | EFTA Ct. Rep. 2013 s. 534 |
| Sak E-26/13 | Íslenska ríkið v Atli Gunnarsson | EFTA Ct. Rep. 2014 s. 254 |

8.3.2 EU-domstolen

Tilgjengelige på: <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

| | | |
|--------------|--|------------------|
| Sag C-267/83 | Aissatou Diatta mod Land Berlin | Saml. 1985 00567 |
| Sag C-316/85 | Centre public d'aide sociale de Courcelles mod Marie-Christine Lebon | Saml. 1987 02811 |

| | | |
|--------------|--|--------------------|
| Sag C-370/90 | The Queen mod Immigration Appeal Tribunal og Surinder Singh | Saml. 1992 I-04265 |
| Sag C-384/93 | Alpine Investments BV mod Minister van Financiën | Saml. 1995 I-01141 |
| Sag C-212/97 | Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen | Saml. 1999 I-01459 |
| Sag C-184/99 | Rudy Grzelczyk mod Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve | Saml. 2001 I-06193 |
| Sag C-413/99 | Baumbast og R mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2002 I-07091 |
| Sag C-459/99 | Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) mod Etat belge | Saml. 2002 I-06591 |
| Sag C-60/00 | Mary Carpenter mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2002 I-06279 |
| Sag C-109/01 | Secretary of State for the Home Department mod Hacene Akrich | Saml. 2003 I-09607 |
| Sag C-200/02 | Kunqian Catherine Zhu og Man Lavette Chen mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2004 I-09925 |
| Sag C-215/03 | Salah Oulane mod Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie | Saml. 2005 I-01215 |
| Sag C-520/04 | Pirkko Marjatta Turpeinen | Saml. 2006 I-10685 |
| Sag C-1/05 | Yunying Jia mod Migrationsverket | Saml. 2007 I-00001 |
| Sag C-291/05 | Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mod R. N. G. Eind | Saml. 2007 I-10719 |

| | | |
|-------------------------------------|---|--------------------|
| Sag C-127/08 | Metock m.fl. mod Minister for Justice, Equality and Law Reform | Saml. 2008 I-06241 |
| Sag C-310/08 | London Borough of Harrow mod Nimco Hassan Ibrahim og Secretary of State for the Home Department | Saml. 2010 I-01065 |
| Sag C-480/08 | Maria Teixeira mod London Borough of Lambeth og Secretary of State for the Home Department | Saml. 2010 I-01107 |
| Sag C-34/09 | Gerardo Ruiz Zambrano mod Office national de l'emploi | Saml. 2011 I-01177 |
| Sag C-434/09 | Shirley McCarthy mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2011 I-03375 |
| Forenede sager C-424/10 og C-425/10 | Tomasz Ziolkowski (C-424/10) og Barbara Szeja m.fl. (C-425/10) mod Land Berlin | Saml. 2011 I-14035 |
| Sag C-40/11 | Yoshikazu Iida mod Stadt Ulm | ECLI:EU:C:2012:691 |
| Sag C-221/11 | Leyla Ecem Demirkan contre Bundesrepublik Deutschland | ECLI:EU:C:2013:583 |
| Sag C-529/11 | Olaitan Ajoke Alarape og Olukayode Azeez Tijani mod Secretary of State for the Home Department | ECLI:EU:C:2013:290 |
| Sag C-86/12 | Adzo Domenyo Alokpa m.fl. mod Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration | ECLI:EU:C:2013:645 |
| Sag C-423/12 | Flora May Reyes mod Migrationsverket | ECLI:EU:C:2014:16 |
| Sag C-456/12 | O. og B. mod Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel | ECLI:EU:C:2014:135 |

| | | |
|--------------|---|---------------------|
| Sag C-457/12 | S. og G. mod Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel | ECLI:EU:C:2014:136 |
| Sag C-244/13 | Ewaen Fred Ogieriakhi mod Minister for Justice and Equality m.fl. | ECLI:EU:C:2014:2068 |
| Sag C-333/13 | Elisabeta Dano og Florin Dano mod Jobcenter Leipzig | ECLI:EU:C:2014:2358 |
| Sag C-628/13 | Jean-Bernard Lafonta mod Autorité des marchés financiers | ECLI:EU:C:2015:162 |
| Sag C-477/13 | Eintragungsausschuss bei der Bayerischen Architektenkammer mod Hans Angerer | ECLI:EU:C:2015:239 |

8.3.3 Forslag til afgørelse fra Generaladvokaten

Tilgængelig på: <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

| | | |
|--------------|--|--------------------|
| Sag C-424/98 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Colomer 16. november 1999 i sag C-424/98 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik | Saml. 2000 I-04001 |
| Sag C-60/00 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl 13. september 2001 i sag C-60/00 Mary Carpenter mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2002 I-06279 |
| Sag C-109/01 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed 27. februar 2003 i sag C-109/01 Secretary of State for the Home Department mod Hacene Akrich | Saml. 2003 I-09607 |
| Sag C-200/02 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano 18. maj 2004 i sag C-200/02 Man Lavette Chen Kunqian Catherine Zhu mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2004 I-09925 |

| | | |
|------------------------------|--|---------------------|
| Sag C-434/09 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kott 25. november 2010 i sag C-434/09 Shirley McCarthy mod Secretary of State for the Home Department | Saml. 2011 I-03375 |
| Sag C-86/12 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mengozzi 21. mars 2013 i sag C-86/12 Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Moudoulou, Eja Moudoulou mod Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration | ECLI:EU:C:2013:197 |
| Sag C-456/12 og sag C-457/12 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston 12. desember 2013 i sag C-456/12 O. mod Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel og Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mod B. og sag C-457/12 S. mod Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel og Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mod G | ECLI:EU:C:2014:2472 |
| Sag C-218/14 | Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kott 7. mai 2015 i sag C-218/14 Kuldip Singh, Denzel Njume, Khaled Aly mod Minister for Justice and Equality | ECLI:EU:C:2015:306 |

8.3.4 Den europeiske menneskerettsdomstolen

Tilgjengelig på: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra>

| | | |
|------------------------------------|--------------|---------------|
| <i>Abdulaziz mot Storbritannia</i> | Sak 9214/80 | 28. mai 1985 |
| <i>Gül mot Sveits</i> | Sak 23218/94 | 19. feb. 1996 |
| <i>Mitchell mot Storbritannia</i> | Sak 40447/98 | 24. nov. 1998 |
| <i>Nunez mot Norge</i> | Sak 55597/09 | 28. juni 2011 |

8.4 Dokumenter fra Rådet og EU-kommisjonen

De fleste dokumentene er tilgjengelige på: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

| | | |
|----------------------------|--|----------------|
| KOM (1998) 394 endelig | Forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, Forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om ændring af Rådets direktiv 68/360/EØF om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer, Forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om nedsættelse af et rådgivende udvalg for EF-arbejdstageres frie bevægelighed og sociale sikring og om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 og (EØF) nr. 1408/71 | 22. juli 1998 |
| KOM (2001) 257 endelig | Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område | 23. mai 2001 |
| KOM (2003) 199 endelig | Ændret forslag til Europa-parlamentet og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område | 15. april 2003 |
| SEK (2003) 1293 endelig | Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område | 30. des. 2003 |
| KOM (2008) 840 endelig | Rapport fra Kommisjonen til Europa-parlamentet og Rådet om anvendelsen af direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at | 10. des. 2008 |

færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område

| | | |
|---|--|---|
| Rådets fælles holdning av 5. des. 2003 | Fælles holdning fastlagt af Rådet den 5. december 2003 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af 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 | Dok.nr: ST 13263 2003 REV 3 ADD 1 Tilgjengelig på: http://www.consilium.europa.eu/register [Sitert 27. mai 2015] |
| Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse av 24. april 2002 | Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse Om »Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område« | EUT 2002/C 149, s. 46-50 |

8.5 Norske kilder

8.5.1 Lover og forskrifter

| | |
|------|---|
| 1902 | Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) |
| 1981 | Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosess-loven) |
| 1988 | Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) (opphevet) |
| 1991 | Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap [ekteskapsloven] |
| 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) |

| | |
|------|--|
| 1993 | Lov 30. april 1993 nr. 40 om registrert partnerskap (partnerskapsloven) (Opphevet) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |
| 2008 | Lov 15. mai 2008 nr. 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) |
| 2012 | Lov 14. desember 2012 nr. 81 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg V punkt 2 (forordning (EU) nr. 492/2011) om fri rørsle av arbeidstakarar innanfor EØS-området (EØS-arbeidstakarlova) |

8.5.2 Forarbeider

| | |
|-----------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) | Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) |
| Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) | Om lov om endringar i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.) |
| Innst.O. nr. 33 (2008-2009) | Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om endringar i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.) |
| NOU 1983:47 | Ny fremmedlov |
| NOU 2004:20 | Ny utlendingslov |
| NOU 2011:7 | Velferd og migrasjon. Den norske modellens framtid |

8.5.3 Forvaltningspraksis

- RS 2010-025 Utlendingsdirektoratet rundskriv, *Familieinnvandring med EØS-borger – utlendingsloven § 110 og utlendingsforskriften § 19-7*, 1. januar 2010 (sist endret 9. august 2011) <https://www.udiregelverk.no/no/re-ttskilder/udi-rundskriv/rs-2010-025/> [Sitert 15. mai 2015]
- RS 2011-035 Utlendingsdirektoratet rundskriv, *Rutiner for saker knyttet til EØS-regelverket i norsk utlendingsrett*, 20. juli 2011 (sist endret 30. oktober 2014) <https://www.udiregelverk.no/no/re-ttskilder/udi-rundskriv/rs-2011-035/> [Sitert 15. mai 2015]
- AI-1/2014 Arbeids- og sosialdepartementet rundskriv, *Instruks om tolkning av utlendingsloven § 110 annet og tredje ledd – oppholdsrett for familiemedlemmer*, 20. januar 2014 <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/instruks-om-tolkning-av-utlendingsloven-/id749901/> [Sitert 15. mai 2015]

8.5.4 Rettspraksis

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*

Rt. 2015 s. 93

Oslo tingrett Dom av 17. mars 2015 (saksnr: 14-147627TVI-OTIR/04)

8.6 Utenlandske lover, forskrifter og forvaltningspraksis

EU-opholdsbekendtgørelsen Bekendtgørelse nr. 474 af 12. maj 2011 om ophold i Danmark for udlændinge, der er omfattet af Den Europæiske Unions regler (EU-opholdsbekendtgørelsen) [Danmark] Tilgjengelig på Karnov Danmark

| | | |
|-----------------------------------|--|--|
| Familiesammenføringsmeddelelse | Udlændingesservice-meddelelse Center for Asyl og Familiesammenføring nr. 5/10 af 1. juli 2010 om Udlændingesservices sagsbehandling af ansøgninger om familiesammenføring efter EU-reglerne, hvor referencen er dansk statsborger (Familiesammenføringsmeddelelse) [Danmark] | https://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/F72C53DC-D1F6-4A1E-B86C-EBD08575D843/0/fam_samf_medd_nr_5_af_172010.pdf [Sitert 29. mai 2015] |
| Justitsministeriet, lovafdelingen | Juridisk fortolkningsnotat om sagerne C-456/12, O. m.fl., og sag C-457/12, S. m.fl., 26. mai 2014 [Danmark] | https://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/E8D9A94E-60B6-436A-B4A3-2BFBA232805B/0/notat_om_sagerne_o_og_s.pdf [Sitert 24. mai 2015] |

8.7 Litteratur

De fleste tidsskriftartiklene er tilgjengelige på: <http://www.ub.uio.no/>

| | |
|---|--|
| Adam, Stanislas og Peter Van Elsuwege | «Citizenship rights and the federal balance between the European Union and its Member States: Comment on Dereci», <i>European Law Review</i> (2012) s. 176-190 |
| Arnesen, Finn | «Om den babelske vending i norsk rett», artikkel under publisering i <i>Lov og Rett</i> (2015) |
| Arnesen, Finn og Are Stenvik | <i>Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett</i> , Oslo, 2009 |
| Barnard, Catherine | <i>The substantive law of the EU – the four Freedoms</i> , 4. utg., Oxford, 2013 |
| Broberg, Morten og Nina Holst-Christensen | <i>EU-domme med bemerkninger og spørsmål</i> . 6. utg., København, 2014 |

- Burri, Thomas og Benedikt Pirker «Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area» *Yearbook of European Law* (2013) s. 207-229
- Chalmers, Damian, Gareth Davies og Giorgio Monti *European Union Law – text and materials*, 3. utg., Cambridge, 2014
- Costello, Cathryn «Metock: Free Movement and “Normal Family Life” in the Union», *Common Market Law Review* 46 (2009), s. 587-622
- Dougan, Michael «Some Comments on the Idea of a General Principle of Union Law Prohibiting Abuses of Law in the Field of Free Movement for Union Citizens», I: *Prohibition of Abuse of Law*, de la Feria, Rita og Stefan Vogenauer (red.), Oxford, 2011, s. 355-362
- Fenger, Niels «Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA law», I: *Festskrift til Claus Gulman*, Fenger, Niels, Karsten Hagel-Sørensen og Bo Vesterdorf (red.), København, 2006, s. 131-154
- Fredriksen, Halvard Hauke-land «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2009), s. 507-576
- Fredriksen, Halvard Hauke-land «Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area», *European Law Journal* (2012), s. 868-886
- Fredriksen, Halvard Hauke-land «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* 6 (2013), s. 371-399
- Fredriksen, Halvard Hauke-land og Christian N.K. Franklin «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on», *Common Market Law Review* 52 (2015), s. 629-684
- Fredriksen, Halvard Hauke-land og Gjermund Mathiesen *EØS-rett*, 2. utg., Bergen, 2014

- Graver, Hans Petter «Mission impossible: Supranationality and National Legal Autonomy in the EEA Agreement», *European Foreign Affairs Review* 7 (2002), s.73-90
- Graver, Hans Petter «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2006), s. 189-221
- Guild, Elspeth, Steve Peers og Jonathan Tomkin *The EU Citizenship Directive – a commentary*, Oxford, 2014
- Helgesen, Jan Erik *Teorier om 'Folkerettens stilling i norsk rett'*, Oslo, 1982
- Hofstotter, Bernhard «A cascade of rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the Chen case», *European Law Review* (2005), s. 548-558
- Holst-Christensen, Nina «Samspillet mellom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om ret til familiesammenføring efter EMRK artikel 8 og EF-Domstolens praksis», I: *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik*, Christoffersen, Jonas og Mikael Rask Madsen (red.), København, 2009, s. 225-239
- Møse, Kristine «... men ikke såne som deg. Om adgangen til å nekte EØS-borgere innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse», *MarIus* nr. 444 (2014)
- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen *EU-ret, Fri bevegelse*, København, 2013
- Ponterlitschek, Sarah og Neil Weaver «Freizügigkeit: Abgeleitetes Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines EU-Bürgers in dessen Herkunftsmitgliedstaat», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, hefte 10 (2014), s. 395-400 (siteret fra: <https://beck-online.beck.de/>) [Sisert 29. mai 2015]
- Rennuy, Nicolas og Peter van Elsuwege «Integration without membership and the dynamic development of EU-law: United Kingdom v. Council (EEA)», *Common Market Law Review* 51 (2014), s. 935-954

- Reynolds, Stephanie «Exploring the ‘intrinsic connection’ between free movement and the genuine enjoyment test: reflections on EU citizenship after Iida», *European Law Review* (2013) s. 376-392
- Rossi dal Pozzo, Francesco «Citizenship Rights and Freedom of Movement in the European Union», Alphen aan den Rijn, 2013
- Schoenmaekers, Sarah og Alexander Hoogenboom «Singh and Carpenter Revisited: Some Progress but No Final Clarity», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21 (2014), s. 494-513
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad *EØS-rett*, 3. utg., Oslo, 2011
- Skovgaard-Petersen, Henrik «Gensyn med Singh og Carpenter –Sag C-456/12, O og B, og C-457/12, S og G» *EU-ret og menneskeret* 21 (2014), s. 128-144
- Spaventa, Eleanor «Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers», I: *Prohibition of Abuse of Law*, de la Feria, Rita og Stefan Vogenauer (red.), Oxford, 2011, s. 315-320
- Staver, Anne «Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights», *European Journal of Migration and Law* 15 (2013), s. 69-89
- Staver, Anne «Hard Work for Love: The Economic Drift in Norwegian Family Immigration and Integration Policies» *Journal of Family Issues* (2014), s. 1-19 (Sitert fra: <http://jfi.sagepub.com/>) [Sitert 27. Mai 2015]
- Sørensen, Karsten Engsig «Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?», *Common Market Law Review* 43 (2006), s. 423-459
- Sørensen, Karsten Engsig, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen *EU-retten*, 6. utg., København, 2014

- Tryfonidou, Alina «C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department: Further Cracks in the ‘Great Wall’ of the European Union*», *European Public Law* (2005), s. 527-541
- Tryfonidou, Alina «Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach», *European Law Journal* 5 (2009), s. 634-653
- Van Eijken, Hanneke og Sybe de Vries «A new route into the promised land? Being a European citizen after Ruiz Zambrano», *European Law Review* (2011), s. 704-721
- Vevstad, Vigdis (red.) *Utlendingsloven – kommentarutgave*, Oslo, 2010
- Ziegler, Katja S «‘Abuse of Law’ in the Context of the Free Movement of Workers», I: *Prohibition of Abuse of Law*, de la Feria, Rita og Stefan Vogenauer (red.), Oxford, 2011, s. 295-314
- Øyen, Øyvind Dybvik (red.) *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo, 2013

8.8 Andre kilder

- | | | |
|---|---|--|
| Arbeids- og sosialdepartementet, 11. mars 2015 | Reply - Letter of formal notice for failure by Norway to comply with its obligations under Articles 28,31 and 36 EEA and Directive 2004/38/EC (dok.nr: 750161) | Tilgjengelig på: http://www.eftasurv.int/press-publications/public-documents/ [Sitert 27. mai 2015] |
| Domstolens prosessreglement | <i>Forretningsordener og prosessreglementer, Domstolens prosessreglement</i> , 29. sept. 2012 | EUT 2012 L 265/1 |
| EFTAs overvåkningsorgan, 18. des. 2014 | Letter of formal notice for failure by Norway to comply with its obligations under Articles 28,31and 36 EEA and Directive 2004/38/EC by | Tilgjengelig på: http://www.eftasurv.int/press-publications/public-documents/ [Sitert 27. mai 2015] |

| | | |
|--|---|--|
| | not ensuring fully the derived rights to family members of EEA nationals and Norwegian nationals who have exercised their free movement rights under EEA law (dok.nr: 721159) | |
| High Level Panel, rapport | Report of the High Level Panel on the free movement of persons: presented to the Commission on 18 March 1997 | Luxembourg: Official Publications of the European Communities, 1998 (ISBN 92-828-0409-7) |
| Justisdepartementet høringsbrev 14/3812 | <i>Høring - endringer i utlendingsloven (24-årsgrense for familieetablering)</i> , 26. juni 2014 | https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/HORING--ENDRINGER-I-UTLENDINGSLOVEN-24-ARSGRENSE-FOR-FAMILIEETABLERING/id764604/ [Sitert 15. mai 2015] |
| Justisdepartementet høringsbrev 14/3814 | <i>Høring - endringer i utlendingsforskriften (heving av underholdskravet og ny hjemmel for unntak)</i> , 26. juni 2014 | https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/HORING--ENDRINGER-I-UTLENDINGSFORSKRIFTEN-HEVING-AV-UNDERHOLDSKRAVET-OG-NY-HJEMMEL-FOR-UNNTAK/id764613/ [Sitert 15. mai 2015] |
| Lundgaard, Hilde (2013) | «I Norge har ikke barna mine rett til å se sin egen far» | <i>Aftenposten</i> , 9. mars 2013 http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/--I-Norge-har-ikke-barna-mine-rett-til-a-se-sin-egen-far-7142920.html [Sitert 23. mai 2015] |

- Peers, Steve «Irreconcilable Differences? Divorce and departure of EU citizens under the Citizens' Directive» (2015), 7. mai 2015 <http://eulawanalysis.blogspot.no/2015/05/irreconcilable-differences-divorce-and.html> [Sisert 8. mai 2015]
- UDI (2015) *Oppholdskort for familiemedlemmer av EU/EØS-borgere* (2015) <http://www.udi.no/skal-so-ke/familieinnvandring/oppholdskort-for-familiemedlemmer-av-eueos-borge-re/?e=y&f=nor&c=mex#link-1146> [Sisert 8. mai 2015]