



**UiT** Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Gjennomføringen av unionsborgerdirektivet i norsk rett og forholdet til  
EUs unionsborgerrettigheter i TEUV.**

En vurdering av anvendelsesområdet til unionsborgerdirektivet i EU-rettslig og  
EØS-rettslig sammenheng

**Anders Holberg Hansen**

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2021

# Innholdsfortegnelse

1	Innlending.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet .....	2
1.3	Tilgrensede perspektiver og avgrensninger.....	4
1.4	Metodiske merknader .....	5
1.4.1	EØS-rettslig metode .....	6
1.5	Videre fremstilling.....	7
2	Rettskildebildet.....	8
2.1	EU-retten .....	10
2.1.1	Det indre marked.....	11
2.1.2	Unionsborgerskapet og EUs unionsborgerrettigheter .....	12
2.1.3	EU-domstolen.....	15
2.2	EØS-retten og EFTA-konvensjon .....	16
2.3	EFTA-domstolen .....	19
2.4	Unionsborgerdirektivet – Fri bevegelse i EØS .....	20
2.5	EØS-forpliktelser og gjennomføring i norsk rett.....	27
3	Forholdet mellom EU- og EØS-avtalen .....	30
3.1	Homogenitetsprinsippet- bindeleddet mellom EU og EØS-retten .....	30
3.1.1	Homogenitetsprinsippetets rekkevidde .....	32
4	EU-domstolens tolkning av traktatbestemmelser om fri bevegelse i sammenheng med unionsborgerdirektivet .....	34
4.1	Tredjelandsborgerens avledede rett til opphold ved retur etter utøvd rett til fri bevegelse .....	34
4.2	Unionsborgerbegrepet som rettslig utgangspunkt for den frie bevegelse.....	37
4.2.1	EØS-perspektivet .....	38
5	Unionsborgerdirektivet i EØS-retten og den dynamiske utviklingen .....	40

5.1	Retten til fri bevegelse for personer som ikke er økonomisk aktiv .....	41
5.2	Familiemedlemmers rett til opphold i EØS-borgerens hjemland.....	44
5.2.1	Sak E-28/15- Jabbi mot den norske stat .....	45
5.2.2	Sak E-4/19- Campbell mot den norske stat .....	50
6	Konklusjon .....	52
6.1.1	EFTA-domstolens løsning.....	53
7	Kilderegister .....	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er gjennomføringen av unionsborgerdirektivet<sup>1</sup> i norsk rett og forholdet til EUs unionsborgerrettigheter i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV).<sup>2</sup> Direktivet angir EØS-borgeres rett til fri bevegelighet og ble gjennomført og anvendt i EU fra 1. mai 2006, og innlemmet i EØS-avtalen den 7. desember 2007.

Gjennom Norges medlemskap i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet<sup>3</sup> (EØS-avtalen) har Norge og nordmenn de samme rettigheter og plikter som andre EØS-land, når det gjelder fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital på tvers av landegrensene.<sup>4</sup> Lovgivningen innen fri bevegelighet er imidlertid ikke totalharmonisert mellom EU og EØS. Retten til fri personmobilitet fremgår i utgangspunktet fra EU- og EØS-rettens primærlovgivning, og videre regulert av sekundærlovgivning- herunder unionsborgerdirektivet. Den materielle primærretten, dvs. EØS-avtalens hoveddel, ligger fast og har gjort det siden 1994. Imidlertid har EU-rettens primærlovgivning endret seg betraktelig- særlig sist ved Lisboa-traktaten.<sup>5</sup> Spørsmålene avhandlingen fremstiller tydeliggjør utfordringene som følger av at EØS-avtalens primærlovgivning fortsatt står status quo, mens EU-lovgivningen utvikles dynamisk med tiden.

I denne avhandlingen skal det ses på hvordan Norge, gjennom vår gjennomføring av unionsborgerdirektivet og våre EØS-rettslige forpliktelser, står i forhold til EUs unionsborgerrettigheter. Spørsmålene som gjør seg gjeldende er om disse rettighetene får analogisk anvendelse etter homogenitetsmålsetningen mellom EU og EØS, eller om de må gjøres direkte gjeldende gjennom innlemmelse i EØS-avtalen før de videre implementeres i nasjonal rett.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007.

<sup>3</sup> EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og er gjennomført i norsk rett ved henvisning i 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).

<sup>4</sup> Jf. de «fire friheter». Dette, og EUs indre marked, utledes videre i avhandlingens kap. 2.

<sup>5</sup> Lisboa-traktaten, også kalt reformtraktaten, ble signert den 13. desember 2007 i Lisboa og trådte i kraft 1. desember 2009.

EUs unionsborgerrettigheter er individuelle rettigheter EU-statsborgere har i utstrekning av unionsborgerskapet som ble introdusert i EU-retten ved Maastricht-traktaten.<sup>6</sup> Et tilsvarende begrep finnes ikke i EØS-avtalen og spørsmålet man står ovenfor er hvordan disse traktatbestemmelsene om unionsborgerskap da skal tolkes i Norge. Unionsborgerrettighetene fremgår av traktaten om Den europeiske unions virkemåte del to om «[I]likebehandling og unionsborgerskap» art. 18-25, og gir EU-borgere aksessoriske rettigheter for ikke-økonomisk aktive personer, som ikke kan utledes av unionsborgerdirektivet. Disse har i senere tid, gjennom EU-domstolens rettspraksis, påvirket retten til fri bevegelse innenfor EUs grenser.

Samlet har dette ført til at den rettslige situasjonen i dag er at EUs primærlovgivning gir en mer omfattende rett til fri bevegelse enn hva som kan utledes av unionsborgerdirektivet, mens EØSs primærlovgivning gir en mer begrenset rett til fri bevegelse enn det som følger av direktivet. Forklart på en annen måte setter unionsborgerdirektivet skranker for retten til fri bevegelse i EU-retten, mens for EØS-retten utvider direktivet EØS-borgernes rett til fri bevegelse. Dette har ført til en spenning i tolkningen av unionsborgerdirektivet i de ulike domstolene.

Hovedspørsmålet avhandlingen tar sikte på å besvare er i hvilken grad disse mer utvidede unionsborgerrettighetene i EU påvirker EØS-retten, og om man i EØS-retten må legge til grunn og anvende tilsvarende unionsborgerrettigheter i henhold til forpliktelsene i EØS-avtalen.

## 1.2 Aktualitet

Særlig utfordringene rundt unionsborgeres familiemedlemmers rett til opphold har ført til problemer i Norge. Nasjonale regler om familieinnvandring er ofte strengere enn EØS-reglene. Ved at en norsk borger flytter til en annen EØS-stat kan EØS-avtalens regler om fri bevegelse aktiveres ved retur til Norge.<sup>7</sup> Det er ytterligere spenn i tolkningen av vilkårene

---

<sup>6</sup> Traktaten om opprettelse av Det europeiske Fellesskap, Maastricht, 1992.

<sup>7</sup> Både EØS-avtalens art. 28 og unionsborgerdirektivet, se sak E-4/19 (Campbell) som redegjøres i pkt. 5.2.2.

som stilles til referanseperson for at et en tredjelandsborger<sup>8</sup> skal få avledet rett til opphold i retursituasjonene mellom EU og EØS.

Familieinnvandring har vært og er fortsatt et sterkt politisert tema. Inntoget av EØS-avtalen og ikrafttreddelsen av unionsborgerdirektivet har «skutt fart» på familieinnvandringen i Norge, da den gir EØS-borgere og deres familiemedlemmer rett til opphold i alle andre EØS-land.

I løpet av perioden fra 1990 til 2018 var familieinnvandring den viktigste innvandringsgrunnen for ikke-nordiske statsborgere, og stod for 36 prosent av all innvandring fra land utenfor Norden.<sup>9</sup> Forfatterne av rapporten «familieinnvandring og ekteskapsmønster» deler innvandrene i to grupper; de som kommer for å gjenforenes med familie og de som kommer for å etablere familie. Det fremgår videre av samme rapport at det er spesielt i årene etter 2004 at man har sett en stor økning i antall familiegjenforeninger, først og fremst på bakgrunn av den økte arbeidsinnvandringen fra de nye EØS-landene.

Spørsmålet om hva som skal til for at en norsk borgers familiemedlem har rett til opphold i Norge etter EØS-regelverket har blitt fremmet for EFTA-domstolen to ganger.<sup>10</sup> I Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda kom EFTA-domstolen i 2016 med en rådgivende uttalelse om rett til opphold i Norge for familiemedlemmer av norske borgere som hadde utøvet sin rett til fri bevegelse i et annet EØS-land. I 2019 sendte Høyesterett på nytt forespørsel om uttalelse fra EFTA-domstolen om samme problemstilling.<sup>11</sup> Det foreligger også i dag flere saker for EFTA-domstolen om tolkningen av direktiv 2004/38/EF<sup>12</sup> i lys av ny praksis fra EU-domstolen om unionsborgerrettighetene<sup>13</sup>. Dette er bakgrunnen for mitt valg av tema for denne avhandlingen.

---

<sup>8</sup> Med EØS-borgere menes statsborgere av et EØS-land- slik det er definert i Direktiv 2004/38/EF, og med tredjelandsborgere menes da utlendinger som ikke er statsborger i et EØS-land.

<sup>9</sup> Rapport Familieinnvandring og ekteskapsmønster 1990-2018 (SSB), av Christian Sørlien Molstad og Alice Steinkellner (2020).

<sup>10</sup> Sak E-28/15, Yankuba Jabbi v. Staten v/Utlendingsnemnda og Sak E-4/19, Campbell v. Staten v/Utlendingsnemnda.

<sup>11</sup> Sak E-4-/19 (Campbell).

<sup>12</sup> Unionsborgerdirektivet.

<sup>13</sup> Ref. Sak E-16/20 og E-2/20\* (\*EFTA-domstolen kom med dom den 21. april 2021. Da saken gjelder utvisningsvilkårene etter unionsborgerdirektivet er den ikke av betydning for avhandlingen, men får stå her som eksempel på aktuelle saker for EFTA-domstolen om tolkningen av direktivet).

### 1.3 Tilgrensede perspektiver og avgrensninger

Selv om avhandlingen tar for seg EUs unionsborgerrettigheter og fortolkningen av disse generelt i EØS-retten, er det i hovedsak unionsborgeres rett til fri bevegelse og opphold på medlemsstatenes territorier, jf. TEUV art. 21 som vil være fremtredende i avhandlingen. En avklaring rundt bestemmelsen vil gi svar på om de aksessoriske rettighetene som følger av unionsborgerrettighetene kan få anvendelse i EØS-retten ved en analogisk tolkning av unionsborgerdirektivet, eller om de faller utenfor EØS-avtalens omfang.

Avhandlingen vil således ha EØS-retten som utgangspunkt, men vil ofte ses opp mot enten EU-rett eller nasjonal rett. Avhandlingens tema gjelder fri bevegelse av personer, herunder spesielt for tredjelandsborgeres avledede rett til opphold i EØS-borgerens hjemstat. Temaet for avhandlingen ligger dermed innenfor utlendingsretten, i tillegg vil en stor del av oppgaven gjelde juridisk metode.

Det vil i hovedsak fokuseres på praksis fra EFTA-domstolen, men avgjørelser fra EU-domstolen vil også utgjøre en sentral del av avhandlingen. EU-domstolens praksis vil i hovedsak trekkes frem der hvor det er av betydning for forståelsen av EØS-retten eller utviklingen i EFTA-domstolen.

EØS-retten regulerer flere sider av retten til innreise og opphold for EØS-borgere og deres familiemedlemmer. I denne avhandlingen vil problemstillingen om tolkningsutfordringer av unionsborgerdirektivet ses i perspektiv av utfordringene rundt tredjelandsborgeres avledede rett til opphold i ett EØS-land som familiemedlem av en EØS-borger. Det vil si at andre deler av EØS-regelverket, som rett til permanent opphold og vilkår for utvisning faller utenfor.

Videre avgrenses oppgaven mot en fullstendig redegjørelse for fri bevegelighet av personer som omfattes av avdeling IV i EØS-avtalen, eksempelvis arbeidstakere og tjenesteytere. Sammenhengen mellom unionsborgerrettighetene og fri bevegelighet av personer i henhold til EØS-rettens regler om det indre marked vil berøres, men det avgrenses mot en fullstendig redegjørelse for markedsreglene.

EFTA-domstolens rolle og kompetanse etter den folkerettslige hjemmelen vil kort redegjøres for, men den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i norsk rett vil ikke berøres.

Avhandlingen skal se på hvordan EU/EØS-reglene er gjennomført og virker i norsk rett. For avhandlingen gjelder dette innen et begrenset område, fri bevegelse av personer, men EØS-avtalen griper inn i en lang rekke forskjellige rettsområder. Vanligvis jobber man ut fra det enkelte rettsområdet i nasjonal rett og ser hvordan EØS-retten her gjør seg gjeldende (Perspektiv nedenfra og opp), men perspektivet for avhandlingen vil være ovenfra og nedover- ta utgangspunkt i EØS-retten før perspektivet snevres inn i norsk rett. Avhandlingen vil starte med det spørsmål om hva er EØS-avtalen, hvilke krav stiller den til norsk rett og norsk rettssystem og hvordan gjennomføres det nasjonalt?<sup>14</sup>

## 1.4 Metodiske merknader

I avhandlingen vil rettskildene tolkes i tråd med vanlig juridisk metode.<sup>15</sup> Derimot innebærer EØS-rettslige spørsmål en særskilt metodisk tilnærming som vil bli gjort rede for i dette kapitlet.

I avhandlingen vil de norske navnene på EU- og EØS-rettskilder brukes der de finnes, samt norske oversettelser der disse er tilgjengelige. Når norske oversettelser ikke finnes vil det veksles mellom den danske eller engelske versjonen, alt etter hva som anses mest hensiktsmessig.

Avhandlingens tema vil ofte befinne seg i skillet i mellom EU-retten og EØS-retten. En stor del av det avhandlingen tar sikte på å besvare er forståelsen av felles EØS-regelverk, som etter formålsbetraktninger eller i lys av andre rettsakter kan tolkes ulikt i EU og EØS. Mest aktuelt er om EU-domstolen tolker felles EØS-regelverk i lys av annen EU-rett og dermed kommer til et resultat som vanskelig kan oppnås i EØS-retten. Spørsmålet blir om man etter homogenitetsmålsetningen kan tolke EØS-retten dithen for å oppnå ensartet forståelse av det felles regelsett.

---

<sup>14</sup> Perspektivet er inspirert fra det Fredrik Sejersted mfl. bruker i «EØS-rett» 3. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2011.

<sup>15</sup> Nils Nygaard, «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2. utgave 2004, Universitetsforlaget; Torstein Eckhoff, «Rettskildelære» 5. utgave 2001, Universitetsforlaget.



### 1.4.1 EØS-rettslig metode

EØS-avtalen er den største og mest kompliserte og rettslig mest inngripende folkerettslige avtalen Norge har inngått.<sup>16</sup> En folkerettslig avtale er en internasjonal avtale som er inngått mellom stater i skriftlig form og reguleres av folkeretten.<sup>17</sup> Tolkingslæren som anvendes i tolkningen av internasjonal rett tar utgangspunkt i Wienkonvensjonen om traktatretten. Norge har ikke ratifisert denne, men tolkningsprinsippene som fremgår av den legges til grunn som gjeldende folkerettslig sedvane også i norsk rett, jf. eks. HR-2010-A avsnitt 38.

EU-domstolen har imidlertid beveget seg bort fra Wienkonvensjonens tolkningsregler og utviklet sin helt egen metodikk. Dette følger av at det i EU er et mer pressende behov for ensartethet enn ved andre internasjonale avtaler, samt at man har en for EU-landene bindende domstol for EU-rettslige spørsmål som kan ta høyde for og bidra til dynamisk utvikling.<sup>18</sup> EFTA-domstolen anvender også sin egen metode for å komme frem til resultater, og har aldri anvendt eller nevnt Wienkonvensjonens tolkningsregler.<sup>19</sup>

Det følger av EØS-avtalens art. 6 og ODA-avtalens<sup>20</sup> art. 3 nr. 1. at;

«[b]estemmelsene skal så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i [EU-retten], fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som [EU-domstolen] har truffet før undertegningen av EØS-avtalen».

Vi finner her traktatfestede spesifikke tolkningsregler som skal sikre homogenitet også ved rettskildebruken mellom EU- og EØS-retten. Årsaken til skjæringspunktet og videre om homogenitetsprinsippet utdypes ytterligere i kapittel 3 i avhandlingen. Poenget er at ved anvendelse av EØS-rett brukes en særskilt metode som spores tilbake til EU-rettens rettskildelære, som av ulike hensyn skiller seg fra vanlig folkerettslig metode.

EU-rettslig metode skiller seg blant annet ut ved at den ofte vektlegger formålsbetraktninger i mye større grad enn det som følger av norsk rettskildelære. I EU-domstolen kan formålet bak en regel bli tillagt forholdsvis stor vekt, og gå på tvers av lovteksten. Formålet bak regelsett

---

<sup>16</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 86.

<sup>17</sup> Definisjon hentet fra utenriksdepartementets veileder «folkerettslige avtaler» av Rolf Einar Fife, 2013.

<sup>18</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, «Internasjonalisering av juridisk metode», 1. utgave 2009, Universitetsforlaget, s. 33.

<sup>19</sup> Arnesen (2009) s. 130.

<sup>20</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av ett overvåkningsorgan (ESA) og en domstol (EFTA-domstolen).

kan til og med føre til at vilkår blir tolket bort for å tilstrekkelig ivareta formålet, jf. sak C-127/08 «Metock and others v. Minister for Justice, Equality and Law Reform» avsnitt 94. EU-rettens bakenforliggende formål om å styrke skapelsen av en ensartet union med stadig større konformitet er noe av bakgrunnen for en slik formålsrettet tolkning. I tillegg vektlegges allmenne rettsprinsipper og begrepsdannelser i stor grad.<sup>21</sup>

På et rettsområde hvor formålsbetraktninger og rettsprinsipper kan være så avgjørende er det klart at det vil kunne oppstå situasjoner hvor EU- og EFTA-domstolen tolker like bestemmelser, med utgangspunkt fra ulikt rettsgrunnlag og bakenforliggende hensyn, vil komme til forskjellige resultat. Hvordan domstolene likevel kan komme til et homogent resultat drøftes videre i avhandlingens tredje kapittel.

## 1.5 Videre fremstilling

Til nå er avhandlingens tema og siktemål redegjort for, problemstillingens aktualitet beskrevet, samt presentert avgrensninger som gjøres og kommentert særskilte metodiske spørsmål tematikken reiser er. Da hovedproblemstillingen i stor grad balanseres på de metodiske utfordringene som oppstår når felles EØS-regelverk tolkes eller anvendes ulikt i EU- og EØS-retten vil det i kapittel 2 gis en oversikt over det aktuelle rettskildet bildet.

For å kunne avgjøre om EU-rettslige forpliktelser binder EØS-retten til å legge til grunn tilsvarende unionsborgerrettigheter må man ha en grunnleggende forståelse av avtalene og systematikken bak dem. Her vil direktivenes tilblivelse og betydning i dag kort forklares, samt gjennomføringen av relevante direktiver i norsk rett. Forholdet mellom norsk rett og folkeretten generelt vil også kort behandles.

I kapittel 3 vil forholdet mellom EU- og EØS-retten nærmere behandles. Det er i dette kapitlet man kommer inn på kjernen av avhandlingens problem. I lys av Norges gjennomføring av EØS-avtalen og andre folkerettslige forpliktelser skal man se hvordan spenninger oppstår når en ikke klarer å oppnå en ensartet fortolkning av gjeldende regelverk i

---

<sup>21</sup> Arnesen (2009) s. 24.

henholdsvis EU- og EØS-retten.<sup>22</sup> Her vil det kort nevnes hvordan man i dag har kommet i en situasjon hvor dette er problematisk å oppnå.

I kapittel 4 skal det gjøres en kartlegging av unionsborgerdirektivets utvikling i EU-domstolen. En rekke EU-dommer vil gjennomgås for å illustrere hvordan samspillet mellom unionsborgerrettighetene og unionsborgerdirektivet har utviklet seg. Fokuset vil i hovedsak være på hvordan EU-domstolen søker støtte i unionsborgerskapet for å sikre fri bevegelse for en større personkrets enn det de mener unionsborgerdirektivet har anledning til.

Videre i kapittel 5 vil den dynamiske utviklingen av direktivet i EØS-retten redegjøres for, særlig problematikken rundt TEUV. art. 21 vil her belyses. Avgjørelser av prinsipiell betydning for den frie bevegelse i EØS-retten vil trekkes frem, samt anmodninger fra EFTA-domstolen som ikke er besvart i norsk domstol.

Avslutningsvis vil svarene oppgaven har kommet til oppsummeres, og betraktninger rundt løsningen og fremtidig utvikling vil bli fremsatt.

## 2 Rettskildet bildet

For å kunne sette seg inn i de underliggende problemene som springer ut av at EØS-avtalens hoveddel ikke er oppdatert siden ikrafttredelsen må man først sette seg inn i rammeverket rundt EU og EØS.

EUs prinsipper om de «fire friheter» er det som utgjør kjernen av EØS-avtalen. Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet er en folkerettslig avtale mellom EU, EUs medlemsstater og EFTA-landene Island, Liechtenstein og Norge.<sup>23</sup> Siktet målet med EØS-avtalen er økonomisk markedstilpasning, og medførte at EFTA-landene ble gjort til en del av EUs indre marked; med fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital, og med felles konkurransevilkår for næringslivet.<sup>24</sup> Av ulike årsaker ble ikke EFTA-statene<sup>25</sup> fullverdige medlemsstater i EU. Det ble derfor på midten av 80-tallet igangsatt en prosess som åpnet for

---

<sup>22</sup> Jf. EØS-avtalens art. 105

<sup>23</sup> Sejersted mfl. (2011), «EØS-rett» s. 21-21.

<sup>24</sup> Sejersted mfl. (2011) s. 21.

<sup>25</sup> De daværende EFTA-statene var; Finland, Island, Norge Sveits, Sverige og Østerrike. Siden har Finland, Sverige og Østerrike sluttet seg til EU, mens Sveits ikke tok del i EØS-avtalen.

at EFTA-landene kunne integreres i EUs indre marked – uten å avgi formell suverenitet eller delta i det politiske samarbeidet.

Rettslig sett innebærer EØS-avtalen en tett integrasjon med EU. Gjennom avtalen har Norge overtatt store deler av EU-retten, og forpliktet seg til å gjennomføre den i norsk rett, og håndheve den lojalt på samme måte som EU-statene gjør.<sup>26</sup> Deltakelse i EUs indre marked uten medlemskap er mulig fordi EFTA-statene aksepterer at EUs markedsregulering fortløpende tas inn i EØS-avtalen, og deretter tolkes og anvendes likt i EØS-rettslig som EU-rettslig sammenheng. Paradoksalt for avhandlingens tema gjør rammeverket rundt organisasjonene at det materielt sett ikke eksisterer noen «EØS-rett». All materiell EØS-rett er kopi av EU-retten, og skal tolkes og anvendes likt.<sup>27</sup> Strukturen er basert på at det er en samlet EU-side og en samlet EFTA-side i EØS. Det rettslige grunnlaget for EU-institusjonene er å finne i EU-traktatene, mens EFTA-institusjonene er etablert gjennom egne avtaler EFTA-statene imellom.<sup>28</sup>

Derfor vil EU-retten først gjennomgås, her kort om formålet bak opprettelsen og hvordan perspektivet har utviklet seg med tiden. Etterfølgende vil EUs unionsborgerskap og de materielle rettighetene unionsborgerrettighetene gir gjennomgås. Dette er avgjørende for å se hvordan unionsborgerrettighetene er et resultat av perspektivendringen EU har vært gjennom. Ytterligere forklarer det hvorfor det er naturlig at formålsbetraktninger fra unionsborgerskapet anvendes av EU-domstolen for å sikre retten til fri personmobilitet innen EU-området.

Påfølgende vil EØS-retten gjennomgås med fokus på hvordan formålet bak deltakelsen i det indre marked for EFTA-landene står annerledes enn for EU-medlemslandene. Fokuset vil så flyttes over til EØS-rettens regulering av retten om fri bevegelighet, før unionsborgerdirektivet behandles samlet for EU og EØS-retten.

---

<sup>26</sup> Sejersted mfl. (2011) s. 21.

<sup>27</sup> Sejersted mfl. (2011) s. 22.

<sup>28</sup> Helt riktig er ikke dette likevel: Både ESA og EFTA-domstolen er forutsatt i EØS-avtalen art. 108, og avtalen inneholder også flere andre bestemmelser som legger ulike oppgaver til ESA, Kommisjonen, EU-domstolen mv. Ref. Fredriksen «EØS-rett» (2018) fotnote 407.

## 2.1 EU-retten

Den europeiske union (EU) hadde ved opprettelsen i 1951 bare seks medlemsland. Siden har EU vokst betydelig og består i dag av 27 medlemsland.<sup>29</sup> Retten til fri bevegelighet i EU ble opprinnelig knyttet opp mot styrking og effektivisering av «det indre marked». Personer ble i den forbindelse sett på som produksjonsfaktorer og økonomiske aktører.<sup>30</sup> Fri bevegelighet på unionens territorium gjaldt først og fremst for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere og tjenestemottakere. Dette for å bidra til økonomisk vekst. Denne tilnærmingen kan en også se gjenspeiling av i EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for personer i dag.

I etterkant av EØS-avtalens oppstand har EU-retten utviklet seg i retning av en mer sosial og mindre kommersiell retning.<sup>31</sup> Først på 1990-tallet ble retten om fri bevegelighet utvidet til også å gjelde borgere som ikke var økonomisk aktive. Ved innføringen av unionsborgerskapet ved innlemmelsen av Maastrichttraktaten endret perspektivet seg fra å se migranter som økonomiske aktører til å se på fri bevegelighet for personer som en generell rett som skal tilfalle alle unionsborgere i egenskap av å være individer.<sup>32</sup>

EU-retten er de samlede rettigheter og forpliktelser som sammenbinder EU-landene som medlemmer av EU. Primærretten er den viktigste rettskilden i EU og har høyest rang i den europeiske rettsordenen. Den omfattes hovedsakelig av Traktaten om den europeiske union (TEU) og Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV). Sekundærretten består av ensidige rettsakter og avtaler. Med ensidige rettsakter menes hovedsakelig de rettsakter som fremgår av TEUV art. 288 og består av forordninger, direktiver og vedtak. Oppbygningen er slik at utgangspunktet som oftest fremgår av primærretten, mens skranker og vilkår fremgår av sekundærretten.

---

<sup>29</sup> [https://europa.eu/european-union/about-eu/countries\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en) (lest 10. februar 2021)

<sup>30</sup> Barnard, «The substantive law of the E-the four freedoms», 4 utg. 2013 s. 230

<sup>31</sup> Rossi dal Pozzo (2013) s.53, Neergaard og Nielsen (2013) s. 171.

<sup>32</sup> Se eks. TEU. Art. 1: «ved denne traktat oppretter De høye traktatparter seg imellom en europeisk union, heretter kalt Unionen. Denne traktaten utgjør en ny etappe i prosessen for å skape en stadig nærmere sammenslutning mellom det europeiske folk, hvor avgjørelser skal tas så åpent som mulig og så nære borgerne som mulig».

### 2.1.1 Det indre marked

Den tradisjonelle kjernen i EU-samarbeidet er markedsreglene; i første rekke reglene om de fire friheter og konkurransereglene. Disse reglene ses i hovedsak på som midler for å nå målet om økonomisk vekst og økt velstand i EU, slik formålet er angitt i EFT art. 2. Historisk må reglene også sies å ha spilt en viktig rolle for hva angår målet om en tettere forbindelse mellom medlemsstatene.

Det EU vi kjenner i dag er formet av en rekke sentrale reformprosesser- særlig de siste 25 år. Den første reformen er den revitalisering av samarbeidet som kom i gang på 1980-tallet. De opprinnelige økonomiske målene om å fjerne alle tollbarrierer og direkte handelshindringer mellom medlemsstatene var oppnådde, men dette ikke var nok for å skape et effektivt marked.<sup>33</sup>

Etter initiativ fra industrien la Kommissjonen<sup>34</sup> frem en handlingsplan for opprettelsen av et «indre marked». Planen listet opp ca. 300 områder der lovgivningen burde vedtas for å lette samhandelen og satte utgangen av 1992 som frist. Denne prosessen fikk følgelig navnet «prosjekt 1992»<sup>35</sup>. Prosjektet viste seg mer fruktbart enn først antatt, og førte ikke bare til et mer effektivt marked, men også til en generell ny giv i EF. For EFTA-statene, som vi skal se på senere, førte det til frykt for å bli utestengt fra det nye markedet, som igjen ledet til EØS-prosessen.<sup>36</sup> Prosjektet kan i enkelthet forklares med en prosess av avskaffelser av hindre for de fire friheter og en tanke om å skape et marked som bygger på prinsipper om konkurranselikheter mellom aktørene i markedet.

Dette ble det videre springbrettet inn i den neste prosessen av betydning for den politiske utbyggingen av Fellesskapet som foregikk på 1990-tallet, og ble traktatfestet ved Unionstraktaten av 1992 (Maastrichtavtalen). Som vi allerede har sett, og videre skal se nærmere på, startet denne traktaten virkelig EUs utvikling mot et felles Europa.

---

<sup>33</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 28.

<sup>34</sup> EU Kommissjon er et av styringsorganene i EU. Kommissjon har som oppgave å forberede saker og stille forslag til Rådet og Parlamentet, men har også en betydelig egen vedtaksmyndighet. Dessuten er det Kommissjons oppgave å overvåke at all EU-lovgivning overholdes av medlemslandene. (Def. Hentet fra <https://snl.no/EU-kommissjonen>, 22. mars kl. 11.20.).

<sup>35</sup> Dette resulterte i Enhetstraktaten fra 1987, der flere av bestemmelsene i EF-traktaten ble endret.

<sup>36</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 28.

### **2.1.1.1 De fire friheter**

«De fire friheter» er samlebetegnelsen på EU-rettens hovedregler om fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital. Disse frihetene er et uttrykk for at EU er «noe mer» enn en ordinær internasjonal organisasjon der statene har siste ordet. Prinsippet om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer over landegrensene og fraværet av diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet er kjernen i ideen om et fellesmarked i EU.

Disse frihetene har utviklet seg gjennom EUs historie til å ikke lenger bare gjelde for markedet, varehandel og tjenester, men også mer grunnleggende for EU-borgere. Helt sentralt i denne utviklingen er at nasjonale lover og regler ikke skal hindre EU-borgernes mulighet for fri bevegelse. Etter innlemmelsen av unionsborgerrettighetene innebærer det også muligheten for EU-borgere å ha de samme rettighetene som statsborgerne i det EU-landet de bosetter seg i, så fremst det er innenfor traktatens virkeområde. Dette betyr blant annet at EU-borgere har utstrakte sosiale og økonomiske rettigheter i andre EU-land.

Til tross for at tanken om et felles marked bygget på økonomisk vekst og konkurranselighet på tvers av landegrensar har reglene om de fire friheter, da særlig reglene om fri flyt av arbeidskraft, siden starten også gitt privatpersoner rettigheter i egenskap av å være borger i ett av medlemslandene. Gjennom Unionstraktaten i 1992 ble dette ført ett skritt videre ved at man vedtok regler om unionsborgerskap, som er nedfelt i TEU art. 9 og TEUV art. 20-24. Opprinnelig var disse reglene primært av symbolsk karakter, men etter hvert er de gradvis bygget ut, og supplert med sekundærlovgivning og rettspraksis, slik at unionsborgerskapet i dag har vesentlig betydning på flere områder.<sup>37</sup>

### **2.1.2 Unionsborgerskapet og EUs unionsborgerrettigheter**

Unionsborgerskapet er som nevnt et begrep som ble introdusert ved Maastrichttraktaten og betegner de rettigheter som hver borger i ett av EUs medlemsland har. Unionsborgerskapet er et supplement til de nasjonale statsborgerskapene og kan ikke erstatte disse. Eneste måten å oppnå unionsborgerskap på er ved å bli statsborger i et medlemsland.

---

<sup>37</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 65.

Bakgrunnen for unionsborgerskapet kommer fra ønsket om å skape et felles Europa, ett «*Europe for Citizens*» eller «*People's Europe*». <sup>38</sup> Formålet med unionsborgerskapet er å skape en grunnleggende status for EUs statsborgere, jf. sak C-184/99 (Grzelczyk) premiss 31, og sak C-413/99 (Baumbast) premiss 82. Denne statusen kommer altså i tillegg til, og erstatter ikke, statsborgerskap, jf. TEUV art. 20 nr. 1.

Unionsborgerskapets innhold er fastsatt i TEUV art. 18 og TEU kapittel V. <sup>39</sup> Reglene om unionsborgerskapet følger videre av TEUV art. 20 flg. De rettigheter som enhver EU-statsborger har i kraft av å bare være en statsborger i ett medlemsland jf. TEUV art. 18-25 er de som det i denne avhandlingen refereres til som EUs unionsborgerrettigheter.

Unionsborgerrettighetene kan således forklares som de «individuelle» rettighetene som kan leses ut av unionsborgerskapet. Her må det påpekes at dette ikke stemmer helt ut, da unionsborgerskapet gir flere rettigheter enn de som fremgår av unionsborgerrettighetene, herunder særlig de som følger av Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter.

Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte skal sikre at borgere er «direkte representert på unionsnivå i Europaparlamentet» og får «delta i det demokratiske liv i Unionen». <sup>40</sup> I denne sammenheng er særlig unionsborgerrettighetene gitt. Unionsborgerrettighetene sikrer EU-borgernes; rett til å ikke bli diskriminert på grunn av nasjonalitet [innenfor traktatens anvendelsesområde], jf. art 18, rett til å ikke bli diskriminert <sup>41</sup> jf. art. 19, rett til fri bevegelse og opphold i alle EU-medlemsland, og rett til å arbeide i hvilken som helst stilling, jf. art. 21. Videre gir de stemmerett og rett til å stille som kandidat ved kommunale valg i bostedsstaten, på lik linje som statsborgere fra den staten, jf. artikkel 22, samt rett til stemmegivning ved europeiske valg, både å stille og stemme til valg i Europaparlamentet i ethvert EU land, jf. også art. 22.

Unionsborgerrettighetene gir også unionsborgere som befinner seg utenfor EU rett til konsulær beskyttelse fra et annet medlemslands ambassade dersom ens eget land ikke har representasjon der, jf. artikkel 23. De gir også rett til å begjære Europaparlamentet og retten

---

<sup>38</sup> Barnard (2013) s. 432.

<sup>39</sup> Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV), og Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (TEU).

<sup>40</sup> Jf. Traktaten om Den europeiske union, avdeling II, art. 10.

<sup>41</sup> Herunder kan EU iverksette «appropriate actions» for å bekjempe diskriminering på bakgrunn av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion, funksjonshemming, alder eller legning.



til å søke til den europeiske ombudsmannen for å gjøre dem oppmerksom på tilfeller av dårlig forvaltning av EUs institusjoner og organer, og til slutt retten til å søke til EU-institusjonene på ett av de offisielle språkene og motta svar på samme språk, jf. artikkel 24.

Unionsborgerrettighetene gir altså alle statsborgere av et EU-land særlige økonomiske, politiske og sosiale rettigheter. En kan si at hovedfordelen med å være EU-borger historisk sett har vært retten til fri bevegelse og opphold, som nå også gjelder for EØS-statene og EFTA-landet Sveits. Selv om retten til fri personmobilitet også inkluderer EØS-landene betyr ikke det at den fremgår av samme rettsgrunnlag. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte er ikke en del av EØS-avtalen, som er det felles regelverk for EU og EØS, men er altså den ene traktaten av de to som utgjør EUs primærrett.

Som nevnt er det særlig retten til fri bevegelse som kommer i fokus i denne avhandlingen og vil derfor dypere redegjøres for i det følgende. De resterende unionsborgerrettighetene vil kun utdypes videre dersom de trekkes frem enkeltvis senere i avhandlingen for å få frem et spesielt poeng.

Bare i egenskap av å være unionsborger er EU-borgere omfattet av TEUVs art. 21 nr. 1 som lyder:

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

Bestemmelsen er det rettslige utgangspunkt for prinsippet om fri bevegelighet i EU-retten. Ordlyden tilsier at utgangspunktet for fri bevegelighet i EU-retten gir dens statsborgere omfattende friheter, både til å bevege og bosette seg på tvers av landegrensene. Av bestemmelsens ordlyd stilles det heller ingen vilkår knyttet til at man utøver den frie bevegelighet for å styrke det økonomiske samarbeidet eller lignende.

Den frie bevegeligheten i utgangspunktet svært vid. Samtidig fremgår det av bestemmelsens andre setning at retten ikke er betingelsesløs. Det finnes grenser og vilkår for utøvelsen av denne, disse fremgår av rettsaktene fattet i medhold av avtalen. Utgangspunktet er fastlagt i

primærretten<sup>42</sup>, mens skranker og vilkår er å finne i sekundærlovgivningen. Av sekundærlovgivning er unionsborgerdirektivet særlig relevant. Direktivet utdyper og presiserer unionsborgerrettighetene som fremgår av TEUV art. 18-25. Dette utledes videre i pkt. 2.3.

### 2.1.3 EU-domstolen

EU-domstolens praksis om de rettsakter som unionsborgerdirektivet erstattet eller endret er også relevant for forståelsen av bestemmelser som fremgår av direktivet. Det følger av EU-domstolens praksis at unionsborgere ikke har færre rettigheter etter unionsborgerdirektivet enn det de hadde etter de tidligere rettsakter.<sup>43</sup> En vesentlig del av avhandlingens problemstilling er et resultat av EU-domstolens tolkning av traktatbestemmelser om fri bevegelse for personer.

Domstolens praksis knyttet til bestemmelsene i unionsborgerdirektivet illustrerer godt EU-rettens vane for å tolke forordninger og direktiver i lys av den grunnleggende retten til fri bevegelse EU-borgere har etter unionsborgerskapet. Bestemmelsene i unionsborgerdirektivet skal etter EU-domstolen ikke tolkes restriktivt, og skal ikke fratras sin effektive virkning.<sup>44</sup> Det vil for domstolen hele tiden måtte gjøres en sontring mellom når unionsborgerdirektivet setter rammer for unionsborgerrettighetene, eller når går rettigheter etter unionsborgerskapet lengre enn direktivet.

EU-domstolen er tillagt som Unionens øverste vokter av «lov og rett», jf. TEU artikkel 19 nr. 1. EU-domstolen kan kort forklares med å ha tre hovedoppgaver; legalitetskontroll med rettsakter vedtatt av EUs øvrige institusjoner, kontroll med at medlemslandene oppfyller sine forpliktelser etter traktatene og sekundærretten og fortolkningen av EU-retten, herunder også EØS-retten, etter anmodning fra nasjonale domstoler.<sup>45</sup> Den vanligste sakstypen for EU-domstolen er prejudisielle avgjørelser som er viktig for funksjon for å sikre homogenitet.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> EUs primærrett fremgår av TEUV og TEU, som til sammen utgjør Romatraktaten. TEUV. Art 21 er dermed det rettslige utgangspunkt for fri bevegelse i EU-retten da den fremgår av primærretten.

<sup>43</sup> Sak C-127/08 «Metock», premiss 59.

<sup>44</sup> Se eks. sak C-127/03 «Metock», premiss 84.

<sup>45</sup> Odd Stemsrud, «EØS-rett i et nøtteskall» 1. utgave 2015 s. 42-43

<sup>46</sup> Stemsrud (2015) s. 45.

EU-domstolens kanskje viktigste oppgave er fastlegging av innhold i direktiver og forordninger, så vel i EU-sammenheng som i EØS-sammenheng. Dommene som er aktuelle for avhandlingens tema er såkalte prejudisielle avgjørelser, der domstolen svarer på spørsmål stilt fra nasjonale domstoler om hvordan den aktuelle EU-retten er å forstå. Disse avgjørelsene bidrar sterkt til å sikre ensartet tolkning av EU-rettslig bestemmelser, som vi skal nærmere inn på i kapittel 3 i avhandlingen.

## **2.2 EØS-retten og EFTA-konvensjon**

Som påpekt ovenfor var det EUs vellykkede prosjekt om et felles marked som til slutt «presset» EFTA-statene til å starte EØS-prosessen for å unngå å stå på utsiden mens et indre marked ble etablert. Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) ble fremforhandlet i årene 1989 til 1992 og trådte i kraft i 1994. På den tiden EØS-forhandlingene foregikk var ikke unionsborgerrettighetene en del av EUs primærlovgivning.

Som forklart overfor har EU-retten utviklet seg fra å være en økonomisk og kommersiell avtale til en mer sosial og politisk avtale. Begrepet «unionsborgerskap» vokste dog frem rundt samme tid som EØS-forhandlingene foregikk (1992), men på den tid var reglene primært av symbolsk karakter. Ytterligere er det klart at formålet bak innførelsen av et unionsborgerskap ikke samsvarer med det formål som er hovedgrunn for utarbeidelsen av EØS-avtalen. Som utredet i pkt. 2.1.2 er de rettigheter EU-statsborgere gis i kraft av unionsborgerrettighetene i stor grad av politisk og sosial art. Ved utarbeidelsen av EØS-avtalen var det klart for alle parter at det for EFTA-statenes vegne var uaktuelt å overgi politisk suverenitet for EU.

Hovedformålet med EØS-avtalen fremgår av avtalens artikkel 1 og er å integrere EFTA-statene i EUs indre marked. Målsetningen med avtalen er å «opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde (...) med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler», jf. art 1. Kjernen som utgjør EØS-avtalen er følgelig EU-rettens regler om de fire friheter og konkurranseregler, som nesten i sin helhet er kopiert i EØS-avtalen. Dette innebærer at EFTA-statene må tilpasse seg det regelverk som EU har utviklet for dette marked.

Avtalen inneholder også en rekke andre bestemmelser fra EU-retten av betydning for markedet; alt fra selskapsrett og forbrukervern, til arbeidsmiljø og miljø. EØS-avtalen kan således sies å skulle gjenspeile den EU-relevante EØS-retten slik den var ment å skulle tolkes

i 1992, sml. EØS-avtalens art. 6 som sier at EF-praksis frem til avtaletidspunktet (1992) skal tillegges vekt ved tolkning og anvendelse av EØS-avtalen.

Dette illustrerer godt hvordan målet bak inngåelsen av et slik felles marked står seg annerledes for EU og EØS. For EU er markedet kun et middel for å oppnå politisk sosial integrasjon, mens for EØS-avtalen er deltagelse i det felles marked et mål i seg selv.<sup>47</sup> De tidligere frihandelsavtalene ga EFTA-statene adgang til markedet for sine varer, men EØS-avtalen er mer ambisiøs enn som så.

*For det første* gjelder ikke avtalen bare varer, men også tjenester, arbeidskraft og kapital. *For det andre* gir EØS-avtalen ikke bare adgang til markedet, men den gjør EFTA-statene til en integrert del av markedet ved at den pålegger dem å overta en stor del av EU-retten og gjennomføre den i intern nasjonal rett. *For det tredje* skaper den, sammen med de egne EFTA-traktatene, et institusjonelt apparat til å påse at EFTA-statene etterlever sine forpliktelser. Slik sett er EFTA-statene gjort til økonomiske deltagere i store deler av EUs virksomhet, det uten de videre politiske forpliktelsene og rettighetene som EUs medlemsland har.<sup>48</sup>

Mer interessant enn de felles regler som er inntatt i EØS-avtalen er å se på de deler av EU-samarbeidet som ikke omfattes av EØS-avtalen. *For det første* gjelder det de deler av EU-retten som går utover reguleringen av det indre marked: som EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk, justis- og politisamarbeidet, penge- og valutapolitikken, grensekontroll, asyl og innvandring, unionsborgerskapet mv.<sup>49</sup> *For det andre*, og mer betydningsfullt for avhandlingen, faller også deler av EUs regler for det indre marked utenfor.<sup>50</sup> Dette gjelder en rekke ting, men for avhandlingens tema er det utelatelsen av konseptet unionsborgerskap som er av betydning. Dette kan være problematisk dersom EU-rett som ikke er omfattet av EØS-avtalen etter ulike omstendigheter likevel får betydning for tolkningen av den felles EØS-retten.

Dette kan skje ved at annen underliggende eller traktatfestet EU-rett påvirker fortolkningen av EØS-relevant EU-rett, og at de dermed indirekte gjennom homogenitetsprinsippet kan få

---

<sup>47</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 86.

<sup>48</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 86.

<sup>49</sup> Fredriksen, «EØS-rett» (2018) kapittel I punkt. 3.6.

<sup>50</sup> Se Rognstad i Sejersted m.fl. (2011) s. 278 flg.

tilsvarende betydning i EØS. EUs pakt om grunnleggende rettigheter kan her nevnes som ett eksempel.

Nært beslektet med utfordringene som følger av forskjellene mellom EU-rettens og EØS-avtalens omfang er utfordringene som følger av endringer i EØS-relevante bestemmelser i EU-traktatene uten noen tilsvarende endring i EØS-avtalens hoveddel.<sup>51</sup> Denne problemstillingen tar avhandlingen særs sikte på. Som sett har EØS-avtalens hoveddel stått uforandret siden den oppsto, mens EUs traktatgrunnlag har gått gjennom fire endringstraktater.<sup>52</sup> Denne økende forskjellen mellom EØS-avtalens hoveddel og EU-traktatene som dette har ført til omtales gjerne som «the Widening Gap».<sup>53</sup>

Dette fører oss over til spørsmålet; dersom retten til fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel ikke er lik den som fremkommer av TEUV artikkel 21, som er EUs primærkilde, hvordan stiller den seg da?

Bestemmelsen i EØS-avtalens hoveddel som angir retten til fri bevegelighet speiler artikkel 48 fra den dagjeldende EU-regel om fri bevegelighet<sup>54</sup>, og fremgår av artikkel 28 i EØS-avtalen.

Av bestemmelsens første ledd fremgår det at: «[f]ri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene».<sup>55</sup> Til sammenligning med TEUV artikkel 21 tilsier ordlyden her at det kun er arbeidstagere som omfattes av fri bevegelighet i EØS-retten. Denne avgrensningen står klart til forskjell fra unionsborgerartikkelen i EU-retten, hvor utgangspunktet er at den frie bevegelighet ikke har noen restriksjoner.

Av bestemmelsens andre ledd heter det at «[d]en frie bevegelighet innebærer at all forskjellbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av

---

<sup>51</sup> Fredriksen (2018) kapittel I punkt 3.7.

<sup>52</sup> Jf. Maastrichttraktaten, Amsterdam-traktaten, Nice-traktaten og Lisboa-traktaten.

<sup>53</sup> Fredriksen (2018) kapittel I punkt 3.7, jf. Slik f.eks. Baudenbacher 2010, s. 62. I NOU 2012: 2 påpeker Europautredningen «en stadig større avstand mellom EØS-avtalens hoveddel og de underliggende bestemmelsene i EU-traktatene» (s. 86).

<sup>54</sup> Traktat om den europeiske union art. 48

<sup>55</sup> Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet art. 28.

statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår». Også ordlyden her tilsier at retten til fri bevegelighet i EØS kun omfatter arbeidstakere.

At den frie bevegelighet kun omfattes av arbeidstakere står i tråd med utgangspunktet til EØS-avtalen, som jo har som formål å øke økonomisk samarbeid og skape en felles økonomisk plattform.<sup>56</sup> Dette er en klar illustrasjon av at retten til fri bevegelighet i EU opprinnelig var knyttet opp mot styrking og effektivisering av det indre marked, men at den har utviklet seg i tiden etter EØS-avtalen.

Utgangspunktet etter EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet kan etter dette sies å kun gjelde for arbeidstakere. Imidlertid har også EØS-landene tiltrådt unionsborgerdirektivet<sup>57</sup>, og innlemmet direktivet i EØS-avtalens femte vedlegg. Dette gjør at for å kunne fastlegge omfanget av retten til fri bevegelighet i EØS-retten i dag, må det tas stilling til hva innlemmelsen av direktivet har å si for den frie bevegeligheten av personer i EØS.

Det er i denne sammenheng man kan se at unionsborgerdirektivet står ulikt etter EU-retten og EØS-rettens utgangspunkt for rett til fri bevegelighet for personer. Ordlyden etter EU-retten er svært vid og reguleres videre av direktivet, mens EØS-rettens utgangspunkt kun gjelder for arbeidstakere. Videre skal man se på hvordan innlemmelsen av unionsborgerdirektivet for EØS-retten omdefinerer yttergrensene for hvilke persongrupper som har rett til fri bevegelighet innenfor EØS-området.

## 2.3 EFTA-domstolen

EFTA-domstolen har samme type funksjoner overfor EØS/EFTA-landene som EU-domstolen har overfor EU-landene. Det innebærer at forståelsen om retten til fri bevegelighet for EØS-retten i stor grad utformes i EFTA-domstolen. Etter EØS-avtalens prinsipp om rettslig homogenitet i hele EØS-området, er det opp til EFTA-domstolen å søke en likeartet forståelse som den EU-retten har. EU-domstolpraksis vektlegges derfor i stor grad i EFTA-domstolen om felles EØS-regelverk.

---

<sup>56</sup> EØS-avtalens artikkel 1.

<sup>57</sup> Direktiv 2004/38/EF

EFTA-domstolen har kompetanse på tre områder; søksmål som ESA reiser mot ett eller flere EØS/EFTA-land, ugyldighetssøksmål og komme med rådgivende tolkningsuttalelser.

Domstolens myndighet er fastsatt i EØS-avtalens art. 108 nr. 2, som angir særlig myndighet til å behandle saker som angår overvåkningsbestemmelsene overfor EFTA-statene, behandle klager over vedtak av EFTAs overvåkningsorgan i konkurransesaker og avgjøre tvister mellom to eller flere EFTA-stater.

EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser følger av ODA-avtalen art. 34. Av artikkelens første ledd fremgår det at «[d]et hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen». Bestemmelsen gir EFTA-domstolen særskilt kompetanse til å gi rådgivende uttalelser om hvordan EØS-avtalen skal forstås. Videre fremgår det av bestemmelsens andre ledd at «[n]år et slikt spørsmål blir reist ved en [nasjonal] domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier dom, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse».

Proessen er etter artikkelen at den starter i en nasjonal domstol som utformer et spørsmålsskrift til EFTA-domstolen. Dette setter rammene for den rådgivende uttalelsen EFTA-domstolen kan komme med. EFTA-domstolen kommer så med en rådgivende uttalelse som angir hvordan det EØS-rettslige spørsmålet skal løses. Denne uttalelsen er derimot ikke rettslig bindende for den nasjonale domstolen, slik EU-domstolens avgjørelser er.

## **2.4 Unionsborgerdirektivet – Fri bevegelighet i EØS**

Traktatbestemmelsene og EØS-avtalens regler om fri bevegelighet gjelder som nevnt ovenfor med de begrensninger og betingelser som følger av blant annet unionsborgerdirektivet.

Direktivet regulerer retten til fri bevegelighet for EØS-borgere og deres familiemedlemmer. Formålet og bakgrunnen for utarbeidelsen av direktivet angis i fortalen. Av fortalens 4. punkt heter det at formålet er å tydeliggjøre og kodifisere hvilke rettigheter unionsborgere har til fri bevegelse. Det har også som uttalt formål å forenkle og styrke retten til fri bevegelighet som unionsborger, jf. direktivets fortale tredje punkt. Målet er at EØS-borgere og deres familiemedlemmer skal kunne bevege seg fritt og bytte jobb eller bosted i hele EØS på lik måte som innenfor eget hjemland. Direktivet, også for EU-retten, innebærer ikke en full gjennomføring av rettighetene som følger av unionsborgerrettighetene nedfelt i TEUV, men

setter skranker og vilkår for flere av dem, herunder hvem og når disse rettighetene kan «påberopes».<sup>58</sup>

Unionsborgerdirektivet sammenfattet et tidligere fragmentert regelverk om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til opphold i andre EU-land, og ble vedtatt med det hensyn på å «forenkle og styrke» retten til fri bevegelse og opphold, samt komme seg bort fra den «sektorskviste og oppstykkede» tilnærmingen til reglene som fantes på området.<sup>59</sup> Direktivet erstattet dermed en rekke rettsakter som hver for seg regulerte ulike persongrupper.<sup>60</sup> Direktivet kodifiserer også deler av EU-domstolens praksis vedrørende de tidligere rettsaktene og reglene om fri bevegelse for personer.<sup>61</sup> Med dette har man nå fått en samlet rettsakt på området for fri personbevegelse, i stedet for mange forordninger og direktiver.

En presisering er at unionsborgerdirektivet gjelder EØS-statsborgere som «benytter seg av» retten til fri bevegelse i EU/EØS. Direktivet fastsetter således vilkår for og begrensninger i retten til fri bevegelse og fritt opphold for statsborgere i en EØS-stat og deres familiemedlemmer, jf. artikkel 1 bokstav a og c. «Berettigede personer» etter direktivet er EØS-borgere 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. artikkel 3 nr. 1. Denne presiseringen er som vi skal se senere særlig avgjørende for når en tredjelandsborger har avledet oppholdsrett i en EØS-stat.

Av direktivets kapittel 1 fremgår en rekke generelle regler og definisjoner, kapittel 2 angir rett til å reise inn og forlate medlemsland, mens kapitlene 3 og 4 regulerer oppholdsrett og rett til fast opphold i andre medlemsland. Kapittel 5 angir felles bestemmelser for de to sistnevnte kapitlene, herunder om kontroll (art. 26) og oppholdsdokumenter (art. 25), samt rettigheter om likebehandling (art. 24) og avledet rett til unionsborgerens familiemedlemmer (art. 23). Av kapittel 6 fremgår begrensninger til EØS-borgernes rett til innreise og opphold, herunder av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Sist er sluttbestemmelsene i direktivets kapittel 7.

---

<sup>58</sup> Påberopes i hermetegn da rettighetene som følger av unionsborgerrettighetene gjelder automatisk dersom man oppfyller kriteriene som «berettiget person», jf. unionsborgerdirektivets art. 3.

<sup>59</sup> Jf. Unionsborgerdirektivets fortale punkt 3 og 4 (min kursivering).

<sup>60</sup> 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

<sup>61</sup> Vigdis Vevstad, «Utlendingsloven, kommentarutgave» 1. utgave 2010 s. 628.



Etter direktivets artikkel 4 og 5 kan enhver EØS-borger, og deres familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, forlate eget hjemland og komme inn i alle andre EØS-stater uten visum ved å fremvise gyldig pass eller identitetskort. Artikkel 3 angir videre hvem som er «berettigede personer» etter direktivet og bestemmelsens første ledd lyder:

«Dette direktivet får anvendelse på alle unionsborgere som flytter til eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den de er borger i, samt på de familiemedlemmer som definert i artikkel 2 nr. 2 som kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren».

Direktivet er preget av sin brede definisjon av begrepet «familie» sammenlignet med enkeltlands lovgivning, jf. art. 2 nr. 2. Som eksempel nevnes at en registrert partner til en EØS-borger omfattes av definisjon dersom det aktuelle vertslandets lovgivning likestiller registrerte partnerskap med ekteskap. Også partnerens direkte etterkommere og slektninger i oppstigende linje omfattes av definisjon.<sup>62</sup>

For å være fullt ut dekket av unionsborgerdirektivet må EØS-borgeren oppfylle en av de fire traktatrettighetene; være ansatt som arbeider (dette inkluderer også de som søker arbeid innen rimelig tid), selvstendig næringsdrivende, student eller være en selvforsynt person eller pensjonert. Disse rettighetene er inspirert etter Roma-traktaten, som definerer fri bevegelsesfrihet for arbeidere (i EU-retten). Rettighetene har blitt utvidet over tid, og er nå mest av historisk betydning, da å være selvforsynt nå er tilstrekkelig. Det betyr at så lenge en EØS-borger har tilstrekkelig med midler eller inntekt til å ikke være avhengig av å måtte stole på offentlige midler, og har omfattende helseforsikring, utøver borgeren en eller flere traktatrettigheter. Dersom en borger ikke utøver noen av traktatrettighetene er retten til fri bevegelse begrenset til tre måneder.

Dette følger av direktivets artikkel 6. Etter bestemmelsens første ledd har alle unionsborgere rett på opphold i inntil tre måneder i en annen medlemsstat «without any conditions or any formalities other than the requirement to hold a valid identity card or passport». Denne retten gjelder uten at det stilles andre vilkår en at EØS-borgeren har gyldige identitetspapirer på seg.

---

<sup>62</sup> <https://europolov.no/rettsakt/unionsborgerdirektivet-unionsborgere-og-deres-familiemedlemmers-rett-til-fri-bevegelse-og-opphold/id-14>, nærmere om direktivet.

Etter andre ledd gjelder denne retten også for familiemedlemmer fra tredjeland. Retten til opphold utover tre måneder følger av direktivets artikkel 7. Bestemmelsens første ledd lyder:

«All Union Citizens shall have the right of residence on the territory of another Member State for a period longer than three months if they [...]».

Deretter listes fire alternative vilkår opp fra bokstav a til c som må oppfylles for at rettigheten skal komme EØS-borgeren til gode. Av disse fremgår det at referanseperson enten må være i arbeid, selvstendig næringsdrivende, studere eller ha tilstrekkelige midler til å ikke bli en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem.<sup>63</sup> EØS-borgerens familiemedlemmers rett til opphold er således betinget av at referansepersonen oppfyller ett av vilkårene nevnt ovenfor, denne sammenhengen følger av artikkel 7 (2) og 7 (3).

Artikkel 7 (2) siteres:

«The right of residence provided for in paragraph 1 shall extend to family members who are not nationals of a Member State, accompanying or joining the Union citizen in the host Member State».

Ordlyden av at en rettighet skal forlenges fra unionsborgeren til en tredjelandsborger tilsier at oppholdsrett for tredjelandsborgere er avledet fra, og avhengig av, EØS-borgerens rett til fri bevegelighet. Dette er også i tråd med, og i utstrekning av, prinsippet i unionsborgerdirektivets forale pkt. 5, hvor det heter for at retten til fri bevegelighet for alle unionsborgere «[i]s to be exercised under objective conditions of freedom and dignity, be also granted to their family members, irrespective of nationality». Ordlyden her tilsier at retten til opphold for familiemedlemmer er et middel for å realisere retten til fri bevegelighet for EØS-statsborgere. Avledet rett til opphold for familiemedlemmer er altså nødvendig for at retten til fri bevegelighet for EØS-borgeren skal kunne utøves fritt og med verdighet. Ordlyden i begrepene «*objective conditions*» og «*irrespective*» og «*nationality*» taler for at tredjelandsborgere gis denne retten for at det ikke skal forekomme en forskjellsbehandling som kan være til hinder for den frie bevegelighet.

---

<sup>63</sup> Sml. traktatrettighetene etter TEUV i Roma-traktaten

Dette er videre underbygget i EU-rettspraksis, blant annet i sak C-127/08 (Metock) avsnitt 62 hvor EU-domstolen sier at

«[i]f Union citizens were not allowed to lead a normal family life in the host Member State, the exercise of the freedoms they are guaranteed by the Treaty would be seriously obstructed».

EU-domstolen sier her at dersom EU-borgeren blir hindret fra å leve et normalt familieliv i det medlemsland EU-borgeren utøver sin frie bevegelighet i, vil det være et hinder i utøvelsen av den frie bevegelighet.

#### **2.4.1.1 EØS-komiteens beslutning og avtalepartenes felleserklæring**

Etter gjennomgangen ovenfor er det klart at innlemmelsen av unionsborgerdirektivet gir en klar utvidelse av retten til fri bevegelighet enn den som fremgår av EØS-avtalens artikkel 28. Dette gjorde at EFTA-statene hadde store innsigelser mot å implementere direktivet inn i EØS-avtalen. Det var stor uenighet om innføringen av direktivet under forhandlingene mellom EFTA- og EU-statene. Partene kom til slutt til enighet og i beslutningen om å innta direktivet i EØS-avtalen kom komiteen med noen forbehold. Disse forbeholdene blir relevante tolkningsmomenter for omfanget unionsborgerdirektivet kan anses å ha i EØS-retten, da de gir uttrykk for hva EØS-landene har ment å forplikte seg til.

Ett av de mest avgjørende forbeholdene fremgår av beslutningens 8 punkt, hvor det heter at begrepet «unionsborgerskap», eller konseptet om «Union Citizen», ikke inngår i avtalen. I EU-retten er det å være unionsborger befestet med en rekke rettigheter som strekker seg utover de som følger av EØS-avtalen. At unionsborgerdirektivet måtte, for EØS-landenes del, gjelde uten et unionsborgerbegrep og heller omfatte borgere i EØS—landene, var en klar forutsetning fra komiteen.

Praktisk er dette løst ved at der EU-retten bruker begrepet unionsborger, er den i EØS-avtalen omskrevet med begreper som «borgere i EØS-landene» eller «EØS-borgere».<sup>64</sup> I

---

<sup>64</sup> 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 det brukes betegnelsen EØS-borgere/EØS-statsborger. Betegnelsen «unionsborger» vil benyttes der det er hensiktsmessig å skille mellom EU-borgere på den ene siden og EFTA-borgere på den andre.

utgangspunktet skal det ikke by på de store problemene ved tolkningen av direktivet at man bruker begrepet «EØS-borger» i stedet for unionsborger.

I forbindelse med innlemmelsen av direktivet i EØS-avtalen kom avtalepartene også med en felleserklæring som skulle redegjøre for de kompromiss som ble gjort. I denne uttalte de blant annet at:

«Begrepet unionsborgerskap [...] har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen [...] skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av fremtidige EU-rettsakter eller fremtidig rettspraksis i EF-domstolen baser på begrepet unionsborgerskap».

Videre står det at;

«avtalepartene er enige om at innvandringspolitikken ikke er omfattet av EØS-avtalen», men at «EFTA-statene anerkjenner at det er av betydning for EØS-statsborgere som utøver sin rett til fri bevegelse for personer, at deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandborgere også kan nyte godt av visse avledede rettigheter [...]».

Særlig klart er dette ikke. I praksis har EFTA- og EU-statene overlatt det til domstolene å finne ut hvor langt EU-retten forplikter EFTA-statene på dette meget sensitive politiserte området. Halvard Haukeland Fredriksen beskriver det godt da han sier:

«[u]ansett hvilke standpunkter EU-domstolen og EFTA-domstolen etter hvert lander på, risikerer dommerne kritikk for «aktivisme»- enten for å være for ettergivende overfor (de rike) EFTA-statenes ønsker om særbehandling, eller for å bidra til (det mektige) EUs forsøk på å utvide EØS-avtalens omfang». <sup>65</sup>

Unionsborgerdirektivet er tatt inn og gjort til del i EØS-avtalens vedlegg V om fri bevegelse for arbeidstakere og vedlegg VIII om etableringsrett. Dette er etter enkelte omtalt som en delvis integrering av direktivet. Rennuy og Elsuwege har blant annet uttalt dette da de mener at integreringen ivaretar arbeidstakeres rettigheter, samtidig som

---

<sup>65</sup> Halvard Haukeland Fredriksen, «Best i klassen? EØS-Norge sett utenfra». Nytt norsk tidsskrift nr. 2 2015 s. 147-162 – (NNT-2015-147), side 156.

begrensningene i avtalen opprettholdes.<sup>66</sup> Dette illustreres videre da de uttaler at EU-borgere som ikke er økonomisk aktive, ikke har noen generell rett til å reise og oppholde seg i en EFTA-stat, og motsatt at ikke-økonomisk aktive EFTA-borgere står uten rett til fri bevegelse for EU-land.<sup>67</sup>

At EU-borgere ikke har noen generell rett til fri bevegelse i EFTA-statene og omvendt stemmer nok. Utover det legger Rennuy og van Elsuwege for mye i plasseringen til hvor direktivet er innlemmet. Plasseringen kan klart si noe om hensikt og formål, men kan ikke i seg selv begrense unionsborgerdirektivets bestemmelser om opphold for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktiv, og påfølgende deres familiemedlemmer. Direktivet er inntatt i EØS-avtalen uten unntak for de særlige reglene som denne persongruppen reiser vedrørende rett til opphold. Selv om EU-borgere ikke har en generell rett til fri bevegelse i EFTA-statene, og omvendt, har de likefullt direktivbestemte rettigheter som gjør at de etter bestemte vilkår kan reise og ta opphold i hele EØS-området.

Dette må kunne sies å være i tråd med det EFTA-domstolen har lagt grunn av de direktivbestemte rettighetene som ikke økonomiske EØS-borgere har.<sup>68</sup> Slik det fremgår av felleserklæringen er direktivet tatt inn med kun forbehold for EU-domstolpraksis som utelukkende bygger på rettigheter etter unionsborgerskapet. De rettigheter som uttrykkelig følger av unionsborgerdirektivet må etter dette gjelde fullt ut slik de står, også der det dreier seg om EØS-borgere som ikke er økonomisk aktiv.

Derimot er det problematisk om EU-retten utvikler seg dit at begrepet «unionsborger» blir bestemmende for den EU-rettslige tolkingen av direktivet. Dette er særlig problematisk for målsetningen om ensartethet. Denne problemstillingen kommer særlig frem når EU-domstolen kobler direktivet og begrepet «unionsborger» i sin tolkning av unionsborgerdirektivet på en slik måte at det er krevende å komme til samme resultat i EØS-retten, uten å tolke direktivet annerledes enn det EU-domstolen gjør. Dette har nå kommet på spissen hvor EU-domstolen har uttalt at direktivet har begrensninger sammenholdt med

---

<sup>66</sup> Rennuy og van Elsuwege, «Integration without membership and the dynamic development of EU law: United Kingdom v. Council (EEA)», *Common market Law* (2014) s. 949.

<sup>67</sup> Rennuy og van Elsuwege (2014) s. 953.

<sup>68</sup> Se eks. sak E-4/ (Clauder) og sak E-26/13 (Gunnarsson). Dette vil kommenteres nærmere i pkt. 5.1.1.

TEUV art. 21, og at direktivet kun kan gis ett innhold når det sammenholdes med unionsborgerbegrepet. Denne spenningen er det avhandlingen særlig tar rede på.

Før man går videre inn i denne problemstillingen i de neste kapitlene i avhandlingen, vil det kort gjøres rede for gjennomføringen av EØS-avtalen og unionsborgerdirektivet i norsk rett.

## 2.5 EØS-forpliktelser og gjennomføring i norsk rett

Det formelle utgangspunkt i norsk rett er at EØS-retten må gjennomføres særskilt for å kunne danne grunnlag for rettigheter og plikter som kan håndheves i norske domstoler. Dette følger av at Grunnloven<sup>69</sup> opererer med en dualistisk tilnærming til folkerettslige forpliktelser. Det vil si at folkeretten og norsk rett anses som to adskilte systemer, og folkerettslige regler vil dermed først bli «operative» i norsk rett dersom de organene som Grunnloven konstituerer treffer et særskilt vedtak om gjennomføring.<sup>70</sup> At dette også gjelder i EØS-rettslig sammenheng følger av Rt. 2000 s. 1811 [P] (Finanger I); både flertallet og mindretallet la her til grunn at EØS-retten ikke har direkte virkning i norsk rett.<sup>71</sup>

EØS-avtalen er inkorporert i norsk rett gjennom lov av 27. oktober 1992, lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). Det er bare de 129 artiklene i EØS-avtalens hoveddel som er gitt lovs kraft gjennom denne loven, jf. EØS-lovens §1 første punktum. Loven bruker uttrykket «bestemmelsene i hoveddelen» om det som har lovs kraft. Det følger av avtalens egen begrepsbruk- jf. EØS-avtalens art. 2 bokstav a, at «hoveddelen» ikke inkluderer protokoller og vedlegg.

Det er her klart at gjennom Norges dualistiske system kreves det en konkret gjennomføring i intern norsk rett før lovgiving med opphav fra EU blir gjeldende. Norge har ingen forpliktelse til å automatisk ta inn fremmed regelverk uten noen gjennomføringsprosess. Det er dermed enten klart at EUs unionsborgerrettigheter først må inkorporeres i EØS-avtalen for å kunne bli del av norsk rett, eller så er det spørsmål om unionsborgerrettighetene kan leses ut av den delen av EU-retten man allerede har forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen.

---

<sup>69</sup> Lov 17 mai. 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

<sup>70</sup> Jf. Eivind Smith, Konstitusjonelt demokrati, Bergen 2009 s. 154 flg.

<sup>71</sup> Rt. 2000 s. 1811 [P], henholdsvis s. 1826 (flertallet) og s. 1837 (mindretallet).

Selv om EØS-avtalen ikke har noen direkte virkning i norsk rett før lovgiver har gjennomført dem i intern nasjonal rett, har norske domstoler rett og plikt til å, så langt som mulig, søke å tolke norsk rett slik at det ikke oppstår motstrid. Dette er et generelt prinsipp som gjelder all ikke-gjennomført folkerett og kalles presumsjonsprinsippet. Dette fordi man presumerer (forutsetter) at norsk lovgiver ikke ønsker å bryte folkerettslige forpliktelser som Norge har tatt på seg. I EØS-sammenheng kalles dette for prinsippet om EØS-konform tolkning.<sup>72</sup> Prinsippet kan sies å falle inn under EØS-lovens §2, som er uttrykk for EØS-avtalens forrang fremfor alminnelige norske regler ved motstrid.

Norske myndigheter plikter å følge EØS-avtalen etter lojalitetsplikten som er nedfelt i EØS-avtalens art. 3, som er rettet mot både staten og norske domstoler. For en medlemsstat i EU vil forordninger og direktiver fra Den europeiske union legge seg som overnasjonale lover. De gjør seg gjeldende i kraft av å være vedtatt av Rådet, Europaparlamentet og Europakommisjon, som er EUs lovgivende organer. EØS-avtalen innebærer derimot ingen overføring av lovgivende makt til EUs institusjoner, hverken for Norge eller de andre EFTA-landene. Likevel innebærer den en forpliktelse til at de rettsakter som innlemmes i EØS-avtalen må gjennomføres og håndheves. Blant disse er unionsborgerdirektivet som EØS-komiteen vedtok 7 desember 2007, jf. avgjerd nr. 158/2007.

Unionsborgerdirektivet er innarbeidet i norsk rett gjennom lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, også kalt utlendingsloven (heretter forkortet utl.). Særlige regler om utlendinger som omfattes av EØS-avtalen fremgår videre av utlendingslovens kapittel 13 (§§ 109-125) og tilhørende forskrifter. Kapitlet ble tilføyd ved endringslov 01/09<sup>73</sup> og gjennomfører unionsborgerdirektivet i norsk lovgivning.

I tillegg til det bakteppe at kapitlet ble gjennomført i norsk lovgivning for å gjennomføre direktivet i nasjonal rett, må også kapitlet ses i sammenheng med utl. §3. Det betyr at relevant EØS-rett, slik den skal forstås ut fra særlig EU-domstolens eller EFTA-domstolens rettspraksis, vil kunne ha gjennomslagskraft overfor motstridende bestemmelser i utlendingsloven (også kap. 13) når dette vil være til gunst for EØS-borgeren.

---

<sup>72</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2012-2/id669368/sec5>, under pkt. 7.4.

<sup>73</sup> Endringslov til utlendingsloven, lov om endringar i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar).

I norsk lovkommentar til utlendingsloven på rettsdata.no sier Terje Einarsen<sup>74</sup> også at i en:

«mer avdempet form som kan være aktuelt i visse tilfeller, kan en se det slik at internasjonal EØS-rettspraksis og nært beslektet EU-praksis i hvert fall vil kunne være en mer eller mindre tung tolkningsfaktor ved anvendelsen av kap. 13 i norsk rett, dersom det er usikkert hva som følger av loven og ordlyden i direktiv 2004/48/EF og det kanskje heller ikke er helt klart hva som kan utledes av den EØS-praksis.

Dette er en interessant innfallsvinkel som i retursituasjon for norske borgere, som kommer med familiemedlemmer fra et tredjeland, blir satt på spissen da det her er uklart hva direktivet sier om slike situasjoner, samt at EFTA-domstolen og EU-domstolen er uenige om direktivets anvendelsesområdet. Som man skal se etter avhandlingens fjerde og femte kapittel stiller Den norske stat seg her enig med den forståelsen EU-domstolen har av unionsborgerdirektivet, og uenig med EFTA-domstolens konklusjon. Det som skiller avgjørelsene er derimot rettsgrunnlaget som ligger til grunn for tolkningen av direktivet. Da det er EFTA-domstolen som vurderer direktivet i EØS-sammenheng er det denne forståelsen som gjør seg gjeldende overfor Norge.

Hvem som er omfattet av kapittelet fremgår av utl. §110. Av bestemmelsens andre ledd andre punktum heter det

«[f]amiliemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet så lenge de følger eller gjenforenes med en EØS-borger. Familiemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet dersom de følger eller gjenforenes med en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS- eller EFTA-land».

Forutsetningen for at EØS-borgerens familiemedlemmer også omfattes er at de kommer samtidig eller gjenforenes med EØS-borgeren. Etter arbeids- og sosialdepartementets rundskriv<sup>75</sup> av 20. januar 2014 er det sentrale i vurderingen av bestemmelsens andre og tredje ledd at den norske statsborgeren, eller EØS-borgeren, må ha utøvet sin rett til fri bevegelighet i EØS-området og bosatt seg i vertslandet. Det er også en viktig bemerkning at reglene i

---

<sup>74</sup> Norsk lovkommentar til utlendingsloven på Rettsdata.no note (309) 6 avsnitt, av Terje Einarsen sist revidert 13.08.2015.

<sup>75</sup> Rundskriv AI-2014-1



utlendingsloven for øvrig til en viss grad kan supplere reglene i kapittel 13, dersom det er til gunst for vedkommende. Dette kan blant annet leses ut av utl. §109 tredje ledd, som sier at «oppholdsrett etter dette kapittelet ikke er til hinder for oppholdstillatelse for utlendinger som nevnt i første ledd etter lovens alminnelige bestemmelser».

### **3 Forholdet mellom EU- og EØS-avtalen**

#### **3.1 Homogenitetsprinsippet- bindeleddet mellom EU og EØS-retten**

Når det er spørsmål om hvordan unionsborgerrettighetene kan få betydning for EØS-retten ved anvendelse av unionsborgerdirektivet, er det rekkevidden av homogenitetsprinsippet som vurderes. Det følger av homogenitetsmålsetningen at de traktatbestemmelser som gjenspeiles i EØS-avtalen, samt de rettsakter som er tatt inn, skal tolkes og anvendes likt i EU og EØS. Det er nettopp søken om en slik felles forståelse som taler for at EUs unionsborgerrettigheter må innfortolkes i EØS-retten.

Det grunnleggende rettskildeprinsipp i EØS-retten følger av avtalens hovedmålsetting; Hensynet til ensartede regler i hele EØS, jf. EØS-avtalens art. 1 og fortalens pkt. 16. Denne homogenitetsmålsettingen har to dimensjoner. For det første understreker den det selvsagte; at EØS-avtalen skal ha samme innhold enten den tolkes i EFTA-domstolen, EU-domstolen, nasjonale domstoler i en EFTA-stat eller nasjonale domstoler i en EU-stat. For det andre skal EØS-avtalen gi grunnlag for de samme regler som de EU-rettslige på de felles områder avtalen dekker.<sup>76</sup> Denne grunnsetningen om ensartethet, eller «homogenitet», mellom EU- og EØS-retten omtales gjerne som homogenitetsprinsippet.

Formålet med EØS-avtalen er å «opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområdet». 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.<sup>77</sup> Med dette menes det at avtalen skal utvikles i takt med EU-retten

---

<sup>76</sup> Sejersted mfl. (2011) s. 223.

<sup>77</sup> EØS-avtalens art. 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte ledd.

(dynamisk) og tolkes likt i hele EØS i overensstemmelse med den underliggende EU-retten. Målsetningen med avtalen er som nevnt å i størst mulig grad integrere EFTA-statene i EUs indre marked. Til tross for at EØS-avtalens målsetning om markedsintegrasjon er mindre vidtrekkende enn EU-traktatens målsetning om europeisk integrasjon, er det likevel avgjørende med en ensartet tolkning for EØS-avtalens formål. Halvard Haukeland Fredriksen beskriver det slik «[e]n formålsorientert tolkning av EØS-avtalen vil nettopp være en tolkning i overensstemmelse med EF-domstolens tolkning av de likelydende bestemmelsene i EF-traktaten». <sup>78</sup>

Målsettingen må også leses ut av EØS-avtalens art. 6 som sier at tolkning av avtalens bestemmelser som innholdsmessig er identisk med bestemmelser i EU-retten, skal tolkes i lys av relevant praksis fra EU-domstolen som ble avsagt før avtalen ble signert. En lignende bestemmelse er ODA art. 3 (2) som sier at det skal tas «tilbørlig hensyn» til avgjørelser fra EU-domstolen som er relevant for EØS-retten. Til tross for denne nyansen har ikke EFTA-domstolen operert med noe skille mellom domfellelser før og etter EØS-avtalen. <sup>79</sup>

Et annet grunnleggende prinsipp i EØS-retten er at den skal videreutvikles dynamisk, og det i pakt med den underliggende EU-retten. Dette fremkommer naturlig da EU-retten selv er et dynamisk rettssystem, som EFTA-statene gjennom EØS-avtalen heftet seg på. Denne målsetningen er helt i tråd med EØS-avtalens overordnede målsetning om å innlemme EFTA-statene i EUs indre marked, som forutsetter at EØS-avtalen holder tritt med utviklingen i den EØS-relevante EU-retten.<sup>80</sup> Denne løpende oppdateringen omtales som forutsetningen om dynamisk homogenitet og kan allerede utledes av målsetningen nedfelt i EØS-avtalens artikkel 1 om å «[f]remme en *vedvarende* styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med *like konkurransevilkår* og overholdelse av *de samme* regler». <sup>81</sup> Det foreligger dog ingen folkerettslig plikt til å inkorporere ny EU-rett i EØS-avtalen, men forutsetningen om parallell regelverksutvikling er så grunnleggende at det i praksis er umulig for EFTA-statene å nekte å oppdatere avtalen, i hvert fall annet en helt unntaksvis. <sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Halvard Haukeland Fredriksen, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?», Tidsskrift for rettsvitenskap 2009 s. 555.

<sup>79</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Christian N.K. Franklin, «of pragmatism and principles: the EEA agreement 20 years on», Common Market Law Review, vol. 52, 2015 s. 629-684, på s. 632.

<sup>80</sup> Fredriksen (2018) kapittel IV pkt. 1.

<sup>81</sup> Min kursivering.

<sup>82</sup> Fredriksen (2018) kapittel IV pkt. 1.

Den løpende endringen av EØS-avtalen gjelder også gjennom dynamisk fortolkning. Fremstillingen av den løpende endringen av EØS-avtalen vil være ufullstendig om man holder utenfor den rettsutvikling som finner sted i EU-domstolen og EFTA-domstolen.<sup>83</sup> Det er gjennom homogenitetsprinsippet at EU-domstolens utvikling, særlig om de fire friheter, får følger for EØS-rettens innhold. Særlige spørsmål om dynamisk fortolkning av EØS-avtalen vil oppstå i tilfeller hvor det ikke (lenger) er sammenfall mellom bestemmelser i EØS-avtalen og bestemmelser i den EØS-relevante EU-retten som regulerer samme rettsområdet.

### 3.1.1 Homogenitetsprinsippets rekkevidde

Selv om homogenitetsprinsippet er trygt forankret i EØS-avtalen er fortsatt dets virkeområde og gjennomslagskraft omstridt. Hvor vidtrekkende homogenitetsprinsippet strekker seg er avgjørende i to retninger. *For det første* er det avgjørende for å vurdere om EU- og EØS-retten sammenfaller på felles regelverk, og at dette støttes av den underliggende EU-retten på samme området. *På den andre siden*, dersom underliggende EU-rett påvirker fortolkningen av EU-rett som er gjort til del i EØS-avtalen, må den ikke strekkes så langt at samme resultat ikke kan oppnås etter gjeldende EØS-rett. Norge er ikke forpliktet til å ta inn fremmed regelverk, så problemstillingen som kan oppstå er om løsningen som gir rettsenhet mellom EU og EØS, er forenelig med de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen. Denne problemstillingen står man nå overfor da EFTA-domstolen søker å oppnå rettsenhet med en avgjørelse fra EU-domstolen hvor resultatet er lest ut fra bestemmelser om unionsborgerskapet.

Før man går inn på den problemstillingen vil det først gjennomgå en saksrekke fra EFTA- og EU-domstolen som godt illustrerer homogenitetsprinsippets sentrale stilling i EØS-retten. De aktuelle sakene er Maglite, Silhouette og L'Oreal.<sup>84</sup> Alle sakene omhandlet tolkningen av EUs tidligere varemerkedirektiv<sup>85</sup> artikkel 7 nr. 1. Spørsmålene for alle sakene var om denne bestemmelsen innebar en fullstendig harmonisering av medlemsstatenes rett.

---

<sup>83</sup> Fredriksen (2018) kapittel IV pkt. 12.

<sup>84</sup> Sak E-2/97, Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway, Ulsteen, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 127, Sak C-355/96, Silhouette International Schmied mot Hartlauer Handelsgesellschaft, Sml. 1998 s. I-4799 og Forente saker E-9/07 og E-10/07, L'Oréal Norge AS og L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

<sup>85</sup> Rådsdirektiv 89/104/EØF, ikke lenger i kraft.

I 2008 ved L'Oreal saken måtte EFTA-domstolen for en siste gang ta stilling til spørsmålet om varemerkedirektivets art. 7 nr. 1 innebar en fullstendig harmonisering med nasjonal rett. Til forskjell fra Maglite-saken forelå det nå praksis fra EU-domstolen som pekte på en annen løsning. I 1997 kom EFTA-domstolen til at direktivet i en EØS-rettslig kontekst ikke innebar en fullstendig harmonisering av nasjonal lovgivning.<sup>86</sup> Året etter kom samme spørsmål opp for EU-domstolen i Silhouette-saken. Det ble her konkludert med at den innebar en fullstendig harmonisering av konsumpsjonsreglene i det indre markedet.<sup>87</sup>

Selv om det for EFTA-domstolen i L'Oreal forelå ny EU-domstolpraksis som talte for et motsatt resultat, var argumentene om at EØS-avtalen ikke innebærer noen tollunion eller felles handelspolitikk, som ble sterkt vektlagt i Maglite, fortsatt like gyldig. EFTA-domstolen måtte da ta stilling til om de skulle fravike fra egen praksis til fordel for EU-domstolens praksis.

I avsnitt 27 gjennomgår de homogenitetsprinsippet i EØS-retten. Etter gjennomgangen fremholdes det at homogenitetsprinsippet innebærer en presumpsjon om at bestemmelser som er identiske i EØS-retten og i EU-retten også har samme innhold. EFTA-domstolen sier så at for å fravike fra denne presumpsjonen må det foreligge «særlige omstendigheter», slik som forskjeller i formål og virkeområde.

I avsnitt 31 oppstiller domstolen videre et vilkår om at det må foreligge «tvingende grunner» til å fravike denne presumpsjonen om likt innhold i EU- og EØS-retten. For den foreliggende saken fant EFTA-domstolen ikke noen tvingende grunner til å fravike denne. Fraværet av en tollunion og en felles handelspolitikk var således ikke tilstrekkelig. Resultatet ble, som følge av homogenitetsprinsippet, at EFTA-domstolen fravek fra sin egen praksis for å legge seg på linje med den løsningen EU-domstolen kom frem til. Denne saksrekken uttaler et meget godt eksempel på hvor langt EFTA-domstolen er villig til å strekke seg for å oppnå ensartet tolkning av EØS-retten for å oppfylle homogenitetsmålsetningen.

---

<sup>86</sup> Sak E-2/97 (Maglite) avsnitt 24-27.

<sup>87</sup> Se sak C-355/96 (Silhouette) avsnitt 27.

## **4 EU-domstolens tolkning av traktatbestemmelser om fri bevegelse i sammenheng med unionsborgerdirektivet**

Når man nå har fått overblikk av det aktuelle rettskildematerialet og sett på hvordan avtalene henger sammen og påvirker hverandre kan man gå mer inn i de materielle spørsmålene avhandlingen reiser. Det er på det rene at unionsborgerdirektivet også i EØS-sammenheng gir rettigheter til en større personkrets enn dem som omfattes av avtalens hovedregler om de fire friheter, men samtidig er det klart at avtalepartene ikke hadde til hensikt at EØS-retten her skulle gå like langt som EU-retten. Innlemmelsen av unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen skal altså ikke gjelde rettigheter basert på unionsborgerskapet, men hvilke aksessoriske rettigheter er det som kan leses ut av det?

Mangelen på en tilsvarende bestemmelse som TEUV artikkel 21 i EØS-retten er et eksempel på «the widening gap». Som avklart i punkt 2.4 har unionsborgerdirektivet som formål å tilrettelegge for fri bevegelse til andre medlemsland, dette følger også av ordlyden i artikkel 7 «right of residence on the territory of another Member State». Dette tyder på at direktivet avgrenser mot å gjelde hjemreiser. Dette har ført til at EU-borgere i mange tilfeller vil ha større mulighet til å leve ut familieliv med tredjelandsborgere i et annet land enn EU-borgerens hjemland, da vilkårene som følger av medlemslands lovgivning for innvandring ofte vil være strengere enn de som følger av retten til fri bevegelse og vilkårene oppsatt i unionsborgerdirektivet. Til tross for dette følger det av rettspraksis fra EU-domstolen at tredjelandsborgeres avledede rett til opphold også må gjelde for EU-borgerens hjemland.

### **4.1 Tredjelandsborgerens avledede rett til opphold ved retur etter utøvd rett til fri bevegelse**

Den første saken som ga en EU-borgers familiemedlem avledet rett til opphold i borgerens hjemland var sak C-370/90 «Singh» som ble avsagt av EU-domstolen helt tilbake i 1992. Saken gjaldt en indisk mann som hadde avledet rett til opphold i Tyskland på bakgrunn av hans ekteskap med ei britisk kvinne som utøvet sin rett på fri bevegelse til å ta arbeid i et medlemsland. Saken for EU-domstolen gjaldt spørsmål om tredjelandsborgerens avledede rett til opphold etter EU-retten også gjaldt ved retur til EU-borgerens hjemland.

Om retten til fri bevegelse uttaler domstolen at:

«(...) Disse rettigheter ville ikke faa fuld gennemslagskraft, saafremt en EF-borger kunne opgive at udoeve dem som foelge af hindringer for hans eller hendes aegtefaelles indrejse og ophold i EF-borgerens oprindelsesland». <sup>88</sup>

Av ordlyden er EU-domstolen klar på at retten til fri bevegelse ikke er fullt ut effektiv, dersom EU-borgeren hindres tilbakereise sammen med familiemedlemmene som har hatt opphold i et annet medlemsland.

Videre i samme avsnitt sier domstolen at:

«En aegtefaelle til en EF-borger, der har udnyttet de naevnte rettigheter, maa derfor ved EF-borgerens tilbagevenden til sit oprindelsesland tillægges mindst de samme rettigheter med hensyn til indrejse og ophold som dem, vedkommende har i henhold til faellesskabsretten i tilfaelde af, at hans eller hendes aegtefaelle vaelger at indrejse og tage ophold i en anden medlemsstat». <sup>89</sup>

Domstolen er her klar på at de til enhver tids gjeldende regler for opphold etter EU-retten også gjelder for borgerens hjemland fir familier som har utøvet retten til fri bevegelse. Etter ordlyden «tillegges minst de samme rettigheter med hensyn til innreise og opphold» er vilkårene og rettighetene tredjelandsborgere har til opphold i andre medlemsland også terskelen for opphold i EU-borgerens hjemland. Dommen endret på det tidspunktet rettstilstanden for EU-borgernes familiemedlemmer fra å kun ha avledet rett til opphold i andre medlemsland, til at unionsborgerens hjemstat også kunne bli pålagt til å gi tredjelandsborgere rett til opphold- dersom de oppstilte vilkårene i dommen var innfridd.

For EØS-retten er dommen knyttet opp mot en tilsvarende bestemmelse om fri bevegelse som den som fremgår av EØS-avtalens artikkel 28, og var således rettet mot arbeidstagere. Dommen har derfor også hatt realitet for den EØS-rettslige stillingen til arbeidstakere som returnerer til sitt hjemland.

Femten år senere kom et tilsvarende tilfelle opp for EU-domstolen i sak C291/05 «Eind». Saken her gjaldt en nederlandsk statsborger (opprinnelig Surinamsk) som i overkant av et halvannet år hadde hatt lønnet arbeid i Storbritannia. Under oppholdet flyttet hans surinamske

---

<sup>88</sup> Sak C-370/90 (Singh) premiss 23.

<sup>89</sup> Sak C-370/90 (Singh) premiss 23.

datter til Storbritannia med oppholdsrett i henhold til forordning (EØF) nr. 1612/68 art. 10.<sup>90</sup> Etter en tid flyttet de tilbake til Nederland, men Eind (EU-borgeren) var blitt syk og tok derfor ikke arbeid da han returnerte. Spørsmålet for EU-domstolen var da om tredjelandsborgeren, datteren, hadde rett på opphold selv om faren ikke arbeidet i hjemlandet. Spørsmålet som for EU-domstolen skulle besvares var sådan om også økonomisk ikke-aktive har rett til å ta med familie fra et tredjeland med hjem etter å ha utøvd sin rett til fri bevegelighet i et annet land. Saken skiller seg fra Singh-saken med at EU-borgeren ikke dro tilbake til hjemlandet for å utøve sin frie bevegelighet til å ta arbeid.

EU-domstolen la vekt på traktatbestemmelsene om fri bevegelighet for arbeidstakere og unionsborgere generelt, og uttalte at unionsborgere kunne avstå fra å reise ut som arbeidstaker dersom borgeren «ikke har sikkerhet for» at hen kan returnere til hjemstaten.<sup>91</sup> Det samme påpekte domstolen kunne være resultatet dersom arbeidstakeren ikke er sikret å få med seg familien hjem. Domstolen kom etter dette til at retten til å vende tilbake til hjemlandet med sin familie ikke anses for å være et internt anliggende. Følgelig mente de datteren i foreliggende tilfelle hadde rett til å bosette seg sammen med faren i Nederland, til tross for at han ikke lenger var yrkesaktiv. Det hadde heller ingen betydning at datteren ikke bodde sammen med faren i Nederland og ikke hadde oppholdsrett der før han reiste til Storbritannia.

92

Den aktuelle forordningen<sup>93</sup> er også gjort til en del av EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. Dommen er derfor også relevant for forståelsen av retten til familiegjenforening for EØS-borgere som arbeider i Norge og for deres familiemedlemmer. Etter dommen kan det for utenlandske EØS-borgere i Norge som ønsker familiegjenforening bli stilt lempeligere krav, enn de kravene som møter norske borgere som søker familiegjenforening med tredjelandsborgere. Et annet resultat av dommen er at norske borgere som reiser ut til et annet EØS-land, og som senere returnere hjem igjen, kan muligens møtes med lempeligere krav for familiegjenforening enn de som fremgår av nasjonal rett. Dette kommer av at kravene om familiegjenforening vurderes etter unionsborgerdirektivet, og ikke nasjonal rett.

---

<sup>90</sup> Tilsvarende unionsborgerdirektivets art. 7.

<sup>91</sup> Sak C-370/90 (Singh) premiss 35.

<sup>92</sup> Sak C-370/90 (Singh) premiss 37.

<sup>93</sup> Forordning (EØF) nr. 1612/68.

Sakene «Singh» og «Eind» kan etter dette sies å ha lagt grunnlaget for rett til opphold i EØS-borgeres hjemland etter EØS-retten for tredjelandsborgere. Begge sakene gjaldt unionsborgere som hadde utøvd sin rett til fri bevegelighet, for senere å returnere til hjemstaten. Hovedpoenget for begge tilfellene var at dersom retten til opphold for familiemedlemmer ved retur skulle være svakere enn dersom EU-borgeren hadde valgt å flytte til et annet medlemsland, ville det innebære en hindring for den frie bevegelighet til hjemlandet.

Til problemstillingen om «the widening gap» er nødvendigvis ikke disse avgjørelsene særlig problematiske, da de langt på vei kan sies å bare gi uttrykk for det man allerede ved EØS-avtalen hadde bundet seg til. I begge sakene hadde EU-borgeren vært økonomisk aktiv i vertslandet og oppholdt seg der i en vesentlig periode. De aktuelle bestemmelsene som EU-domstolen tolket og anvendte i begge sakene hadde tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen. Begge sakene gjaldt også tilfeller og bestemmelser hvor det var borgerens frie bevegelse for å ta arbeid som hadde blitt utøvd. Selv om det i «Eind»-saken vises til traktatbestemmelser om unionsborgerskapet, var denne henvisningen nok mer å forstå som et støtteargument.<sup>94</sup> Derimot kan den ses på som et eksempel på EU-domstolens start på deres klare utvikling av å tolke unionsborgerdirektivet i lys av unionsborgerskapet og følgende rettigheter.

Det klare skillet på hvor EU-domstolen tolker unionsborgerdirektivet en vei, mens EFTA-domstolen en annen har fremkommet i ettertid av EU-domstolens avgjørelse i sak C-456/12 «O. og B.» mot Nederland. Denne vil i det følgende gjennomgås før EFTA-domstolens behandling av tilsvarende saker vil redegjøres for i kapittel 5.

## **4.2 Unionsborgerbegrepet som rettslig utgangspunkt for den frie bevegelighet**

Saken som ble reist for EU-domstolen gjaldt to tredjelandsborgeres avslåtte søknad om oppholdsrett i Nederland<sup>95</sup>. Begge mennene klagde på vedtaket, og i den forbindelse spurte den nederlandske forvaltningen EU-domstolen om vedtakene var i samsvar med EU-rettens regler om tredjelandsborgeres rett til opphold. I begge sakene hadde tredjelandsborgeren hatt

---

<sup>94</sup> Sak C-291/05 (Eind) premiss 32, hvor det står at fortolkningen «understøttes» av innføringen av unionsborgerskapet.

<sup>95</sup> Sak C-456/12 O. og B. mot Statsråd for innvandring, integrering og asyl i Nederland (egen oversettelse).



opphold i en annen medlemsstat på bakgrunn av unionsborgerdirektivet, men referansepersonen (EU-borgeren) hadde ikke vært økonomisk aktiv i vertslandet.

Spørsmålet for domstolen var om situasjonene var omfattet av EU-retten og om rettspraksis fra «Singh» og «Eind» også kom til anvendelse her. EU-domstolen viste til resonneringen i de to tidligere dommene om hvordan en unionsborger som er arbeidstaker «kunne bli avskrækket 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.<sup>96</sup> Om dette kom EU-domstolen til at rettspraksis fra «Singh» og «Eind» fikk generell anvendelse på familiemedlemmer av unionsborgere som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet i henhold til TEUV artikkel 21. Begrunnelsen for dette var den samme, at en slik avledet oppholdsrett i hjemstaten ville tjene til å «fjerne den samme type hindring for udrejse» fra hjemstaten som det som var tilfelle i Singh og Eind.<sup>97</sup>

EU-domstolen kommer her med en personell utvidelse av «Singh-regelen». Retten til familiegjenforening ved retur omfatter etter dette alle unionsborgere som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet i henhold til art. 21 i TEUV- også de som ikke har vært økonomisk aktive i vertsstaten. Grunnlaget for den en avledede oppholdsrett for familiemedlemmer i retursituasjon er etter O. og B. restriksjonsforbudet i traktatbestemmelsene/EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet for personer.

#### **4.2.1 EØS-perspektivet**

Så hvordan står denne løsningen i en EØS-sammenheng? Som vist i pkt. 2.4 er det klart at norske borgere som har vært arbeidstaker, tjenesteyter eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten i henhold til EØS-avtalens hoveddel, omfattes av ordlyden i utl. §110 (2) annet punktum «utøvet retten til fri bevegelighet». Spørsmålet blir om en norsk borger og hans familie nyter de samme rettighetene som unionsborgere og deres familiemedlemmer i retursituasjoner dersom den norske borgeren ikke har vært økonomisk aktiv under oppholdet i vertsstaten. Forskjellen mellom EU- og EØS-retten som utledet i avhandlingens kapittel to her er at retten til fri bevegelighet for denne persongruppen ikke følger av samme rettsgrunnlag.

---

<sup>96</sup>Sak C-456/12 (O. og B.) premiss 46.

<sup>97</sup> Sak C-456/12 (O. og B.) premiss 49.

For unionsborgere følger retten til fri bevegelse og fritt opphold av artikkel 21 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte. Norske borgere (og for de andre EFTA-landene) som ikke er økonomisk aktive, men som har tilstrekkelig med midler, har rett til å oppholde seg i andre medlemsstater på bakgrunn av unionsborgerdirektivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b, men denne retten følger ikke av EØS-avtalens hoveddel. Spørsmålet blir da om dette spiller noen rolle, eller om det må ses slik at disse personene har utøvet den rett til fri bevegelse som utlendingslovens §110 (2) annet punktum viser til.

Spørsmålet for EØS-retten blir da om bestemmelsen i direktiv 2004/38/EF art. 7 nr. 1 bokstav b kan anvendes som rettslig grunnlag på samme måte som TEUV art. 21 anvendes i EU, eller om vi her står overfor en situasjon hvor homogenitetsmålsetningen har nådd sin grense.

EU-domstolen uttalte om dette i O. og B. at:

«Det fremgår imidlertid 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 tredjelandstatsborgere, som er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat, hvor unionsborgeren er statsborger.»<sup>98</sup>

Da statene etter folkerettslige prinsipper ikke kan nekte egne statsborgere innreise og opphold, er unionsborgerdirektivet ment å regulere betingelsene for opphold i en annen medlemsstat enn den unionsborgeren er statsborger i.<sup>99</sup> Dette er bakgrunnen til at EU-domstolen anvendte TEUV artikkel 21 nr. 1 og ikke unionsborgerdirektivet som grunnlag for en avledet oppholdsrett i hjemkomstsituasjonene.

EU-domstolen har også i ettertid holdt ved dette i sak C-673/16 «Coman».<sup>100</sup> Domstolen fulgte her opp tidligere praksis og viste til «O. og B» når den uttalte at:

«In that regard, as the Court has held on a number of occasions, it follows from a literal, contextual and teleological interpretation of Directive 2004/38 that the directive governs only the conditions determining whether a Union citizen can enter and reside in Member States other than that of which he is a national and does not confer a

---

<sup>98</sup> Sak C-456/12 (O. og B.) premiss 37.

<sup>99</sup> Sak C-456/12 (O. og B.) premiss 42.

<sup>100</sup> Dom av 5. juni 2018 [GC], Coman, C-673/16, EUT C 268 av 30.7.2018, s. 7–7.

derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national».<sup>101</sup>

EU-domstolens vurdering av om det kan foretas en analogisk tolkning av unionsborgerdirektivet er klar. Domstolen finner ikke noe grunnlag for å legge til grunn at direktivets bestemmelser kan gjøres gjeldende overfor EU-borgerens hjemstat. Det er etter dette klart at EU-domstolen fastholder at unionsborgerdirektivet ikke kan gjøres gjeldende for rett til avledet opphold i EU-borgerens hjemstat.

I spørsmålet om EØS-relevansen for tolkningen av unionsborgerdirektivet som EU-domstolen legger seg på er det viktig å presisere at den løsningen EU-domstolen har kommet til ikke er problematisk hverken metodisk eller materielt for dem. Spørsmålet er hvordan samme retursituasjon skal løses i EØS-retten da man der ikke har noen tilsvarende bestemmelse som TEUV art. 21. Så hvordan er de ulike situasjonene man nå har gjennomgått blitt løst for EFTA-statene? Dette er tema for avhandlingens neste kapittel.

## **5 Unionsborgerdirektivet i EØS-retten og den dynamiske utviklingen**

EFTA-domstolen har flere ganger tatt stilling til enkeltbestemmelers betydning for retten til fri bevegelse i EØS-retten. Det mest vesentlige spørsmålet når det gjelder betydningen av unionsborgerdirektivet for fri bevegelse i EØS er om innlemmelsen av direktivet har ført til en utvidelse av retten til fri bevegelse fra å kun gjelde arbeidere og økonomisk aktive personer, til å også gjelde økonomisk ikke-aktive. Dersom direktivet anses som fullt ut gjeldende for EØS-borgere, vil de materielle vilkårene speile de som følger av EU-retten. Videre gjennomgås noen av de viktigste EØS-avgjørelsene som viser hvordan EUs tolkning av unionsborgerdirektivet i sammenheng med unionsborgerrettighetene også har påvirket den EØS-rettslige forståelsen av direktivet.

---

<sup>101</sup> Sak C-673/16 (Coman) avsnitt 20.

## 5.1 Retten til fri bevegelighet for personer som ikke er økonomisk aktiv

EFTA-domstolens sak E-4/11 «Clauder» er den første saken om rettigheter for EØS-borgere etter unionsborgerdirektivet og gir uttrykk for hvordan domstolen mener direktivet skal forstås. Saken gjaldt en tysk mann som hadde avledet opphold fra sin tyske kone som jobbet i Liechtenstein. Mannen fikk etter hvert permanent opphold i samme stat, og senere giftet seg på nytt. Etter fem sammenhengende år med lovlig opphold i henhold til unionsborgerdirektivet har EØS-borgere og deres familiemedlemmer rett til varig opphold i vertsstaten, jf. direktivets art. 16. For den aktuelle saken hadde ikke ektefellen bodd i vertsstaten i fem år. Den tyske mannen var heller ikke økonomisk aktiv og oppfylte ikke vilkåret om tilstrekkelig midler etter artikkel 7 nr. 1 bokstav b. Spørsmålet for domstolen var da om hans oppholdsrett etter artikkel 16 ga en ubetinget rett til familiegjenforening. Om dette var unionsborgerdirektivet taust.

EFTA-domstolen konkluderte bekreftende på spørsmålet. Dette begrunnet de blant annet i unionsborgerdirektivets formål og system.<sup>102</sup> Videre pekte de på EØS-statenes forpliktelser etter EMK<sup>103</sup> art. 8 om rett til familieliv, og at etter rettspraksis skal EØS-avtalen tolkes i lys av grunnleggende menneskerettigheter.<sup>104</sup> Det mest interessante med avgjørelsen er domstolens gjennomgående bruk av tolkningsmomentene EU-domstolen hadde presentert i «Metock and others».<sup>105</sup>

EU-domstolen i «Metock» bruker gjennomgående unionsborgerbegrepet i sin vurdering av unionsborgerdirektivet. At EFTA-domstolen legger de samme tolkningsmomentene til grunn taler for at bruken av begrepet i seg selv ikke anses problematisk for å komme frem til samme resultat for EFTA-domstolen. Blant annet ble det uttalt at dersom en EØS-borger med permanent og betingelsesløs oppholdsrett i en annen stat en sin egen;

---

<sup>102</sup> Se premiss 47 i sak E-4/11 (Clauder).

<sup>103</sup> Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og de grunnleggende friheter (EMK). Konvensjonen er gjennomført i norsk rett ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>104</sup> Sak E-4/11 (Clauder) premiss 49.

<sup>105</sup> Sak C-127/08 (Metock).

«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».<sup>106</sup>

Denne løsningen har mottatt støtte av flere. Burri og Pirker uttaler at der hvor EFTA-domstolen foretar en formålsrettet tilnærming basert på grunnleggende rettigheter, gir det en løsning som er i tråd med rettspraksis angående unionsborgerskapet, og dermed oppnås homogenitet.<sup>107</sup> Fredriksen har også samme forståelse av at EFTA-domstolens henvisning til retten om familieliv «avhjelper det potensielle problem» at unionsborgerdirektivet er tett knyttet opp til EUs unionsborgerskap.<sup>108</sup> Etter denne saken er det klart at EFTA-domstolen ikke tolker direktivet slik at det er begrenset til å kun omfatte økonomisk aktive EØS-borgere, som på den tiden innebar en ny rettsstilstand for retten til fri bevegelighet for EØS-retten.

En annen sentral dom for fastsettelsen av unionsborgerdirektivets betydning i EØS-retten er sak E-26/13 «Gunnarson». EFTA-domstolen tar her seg spørsmål om unionsborgerdirektivets manglende parallell til unionsborgerskapet i EØS-retten. Saken gjaldt en et islandsk ektepar som flyttet til Danmark, hvor den ene statsborgeren mottok pensjon fra Island. Etter islandske skatteregler gis ektepar skattefradrag dersom den ene av dem søker jobb.

Saken reiste to spørsmål. *For det første* om en slik forskjellsbehandling av borgere bosatt i utlandet var forenelig med EØS-avtalens artikkel 28 og unionsborgerdirektivets artikkel 7. *For det andre* om det har betydning at det i EØS-retten ikke er noen tilsvarende bestemmelse som artikkel 21 i traktaten om Den europeiske unions virkeområde.

En bemerkning til saken er at den norske stat innga uttalelse hvor den hevdet at art. 7 nr. 1 bokstav b ikke kunne påberopes ovenfor EØS-borgere, da den bygger på begrepet «unionsborger», og springer ut fra TEUV artikkel 21.

For EFTA-domstolens behandling påpekte de først at det avgjørende for det EØS-rettslige i saken var at unionsborgerdirektivet viderefører rettigheter fra tidligere direktiv. Deretter understreket domstolen at EØS-landene ved implementeringen ikke innførte noe «unionsborger»-begrep i EØS-retten, og at direktivet dermed heller ikke kan «introdusere

---

<sup>106</sup> Sak E-4/11 (Clauder) premiss 46.

<sup>107</sup> Thomas Burri og Benedikt Pirker, «Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area» Yearbook of European Law (2013) s. 220.

<sup>108</sup> Fredriksen (2013) s. 382.

rettigheter» inn i EØS-avtalen som grunner ut av konseptet «unionsborgerskap».<sup>109</sup> Etter ordlyden taler det for at domstolen mener at direktivet har introdusert rettigheter inn i EØS-avtalen, men at praksis fra EU-domstolen som bygger på unionsborgerbegrepet- uten at det er likelydende i unionsborgerdirektivet- kan ikke gjøres EØS-rettslig gjeldende.

Hva angikk EØS-avtalens art. 28 kom EFTA-domstolen til at personer som ikke har benyttet seg av sin rett til fri bevegelighet mellom EØS-stater før de pensjonerte seg, ikke kan påberope seg rettigheter etter bestemmelsen. EØS-borgeren i saken hadde kun levd på Island før han pensjonerte seg og har derfor ikke rettigheter etter artikkel 28.

Videre trakk domstolen fram direktiv 90/365/EØF som gav rett til å bosette seg i andre EØS-stater for personer som har avsluttet sine yrkeskarrierer, inkludert de som ikke hadde jobbet i noen annen EØS-stat. De gikk så innpå hvordan substansen i direktivets artikkel 1 var videreført i unionsborgerdirektivets art. 7 nr. 1 bokstav b.

EFTA-domstolen går så over til å tolke EU-domstolens bruk av TEUV art. 21 til å fastlegge rekkevidden av rettighetene som et utslag av at primærlovgivningen har blitt endret. Metoden EFTA-domstolen benytter i saken innebærer at EU-domstolens rettskildebruk i dommen som omhandler både TEUV og unionsborgerdirektivet, ikke får innvirkning på hvordan direktivet må forstås i EØS-rettslig kontekst.<sup>110</sup> EFTA-domstolen sier her at når retten til å oppholde seg fritt i alle medlemsland i EU-retten fremgår både av primærlovgivningen og sekundærlovgivningen, er det ikke av betydning for innholdet i sekundærlovgivningen at EU-domstolen anvender primærlovgivningen når den avgir dom.

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

---

<sup>109</sup> Sak E-26/13 (Gunnarsson) avsnitt 80.

<sup>110</sup> Se sak E-26/13 (Gunnarsson) avsnitt 81, jf. sak C-520/04 Turpeinen [2006] ECR I-10685, avsnitt 40.

Dette understøttes av at teksten er autorisert på EØS-landenes språk, og at «unionsborger» der er byttet ut med «statsborger i EØS-land».

Det viktigste poenget av EFTA-domstolens uttalelser er at selv om innlemmelsen av unionsborgerdirektivet ikke kan innføre rettigheter i EØS-avtalen basert på unionsborgerbegrepet, kan ikke enkeltpersoners rettigheter ervervet før innføringen av unionsborgerskapet fratras dem. Om betydning for tredjelandsborgeres avledede rett til opphold fastlegger dommen at begrepet «unionsborger» i direktivet ikke er til hinder for å tolke direktivet som rettighetsgivende også for EØS-borgere. Dommen tolkes også dithen at etter EFTA-domstolens syn har innlemmingen av direktivet i EØS-avtalen ført til at retten til fri bevegelse er vedtatt utvidet av EØS-statene. Den må også forstås som et standpunkt om at økonomisk ikke-aktive har rett til fri bevegelse som EØS-borgere og EØS-land.

En kan etter dette si at det er innenfor homogenitetsprinsippets rekkevidde for EFTA-domstolen å tolke unionsborgerdirektivet analogisk slik at det også gir rettigheter for økonomisk ikke-aktive. De materielle vilkårene som fremgår av unionsborgerdirektivet om rett til opphold for EØS-borgere og deres familiemedlemmer vil etter dette i stor grad sammenfalle med det EU-rettslige innholdet. Dette både når det gjelder grunnlaget referansepersonen kan få oppholdsrett på, samt personkretsen som kan få opphold i utstrekning av den. Også utgangspunktet for hvem direktivet gir EØS-borgeren rett til opphold ovenfor vil være den samme i EØS-retten som i EU-retten. Utgangspunktet her er at unionsborgerdirektivet gjør seg gjeldende ovenfor EØS-borgerens verstsstat, og ikke borgerens hjemstat.

## **5.2 Familiemedlemmers rett til opphold i EØS-borgerens hjemland**

Både for EU-retten og EØS-retten må en eventuell rett på opphold for tredjelandsborgere i EØS-borgerens hjemland bero på en tolkning av primær- og sekundærkilder. Da EU-domstolen i sak «O. og B.» mot Nederland kom frem til at en avledet rett til opphold i EU-borgerens hjemland fulgte av retten til fri bevegelse etter TEUV art. 21, og ikke av unionsborgerdirektivet alene, synes det vanskelig å kunne komme til et ensartet resultat i EØS-retten.

For å kunne slå fast om det finnes en mulighet til å utlede samme resultat av EØS-retten som av EU-retten når rettsgrunnlaget for retten til fri bevegelighet er forskjellig, kreves først en bedømmelse av hva hjemlene innebærer.

Som allerede forklart står retten til fri bevegelighet noe ulikt i EU- og EØS-retten. Der EU-retten har TEUV artikkel 21 som uttrykk for retten til fri bevegelighet, og direktivet virker innskrenkende på denne ved å sette vilkår til utgangspunktet, definerer direktivet yttergrensen for den frie bevegelighet for EØS. Dette ved at direktivets plass og betydning i EØS-retten er så vidt fremtredende, og at EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet har blitt utvidet av innføringen av unionsborgerdirektivet.

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

EØS-landene er forpliktet til å oppfylle retten til fri bevegelighet, så formålet bak direktivet sammenfaller. Det medfører også at mulighet for et familieliv på tvers av landegrensene i EØS, uavhengig av nasjonaliteten til EØS-borgerens familiemedlemmer, er en forutsetning for at EØS-borgere skal ha en reell rett på fri bevegelighet. Denne tolkningen har også norske lovgivere lagt til grunn i forarbeidene til implementeringen av direktivet i norsk rett.<sup>111</sup>

Spørsmålet har blitt frembrakt for EFTA-domstolen to ganger, begge gangene fra den norske stat.

### **5.2.1 Sak E-28/15- Jabbi mot den norske stat**

Saksforholdet i Sak E-28/15 var en norsk kvinne som bodde i Spania i 13 måneder sammen med sin ektemann (Jabbi) som var tredjelandsborger. Den norske kvinnen hadde ikke vært økonomisk aktiv i Spania hele perioden. For EFTA-domstolen sendte Oslo tingrett spørsmål om opphold for tredjelandsborgere som er familiemedlem til en EØS-borger som returnerer hjem til staten hen er statsborger i, etter opphold i et annet EØS-land. Spørsmålet var således om direktivet skulle tolkes likt som det fremgikk av EU-rettspraksis, på tross av at man i EØS-retten ikke har et tilsvarende begrep som EUs «unionsborgerskap» i art. 21 i TEUV.

---

<sup>111</sup> Ot. prp. nr. 72 (2007-2008) s.20.



Spørsmålet i saken var om EØS-retten forpliktet Norge til å anerkjenne oppholdsrett til Jabbi etter direktivets artikkel 7 (2), selv om ordlyden i direktivet kun retter seg mot opphold i annen EØS-stat.

Sentralt for begge parters anførsler stod dommen fra EU-domstolen i Sak C-456/12 «O. og B. mot Nederland» som behandlet overfor i pkt. 4.1.2. Saksøker (Jabbi) anførte at saken gav grunnlag for å tolke direktivet i samsvar med TEUV art. 21 og at dette også måtte gjelde for EØS-borgere for å sikre ensartethet i retten til fri bevegelighet mellom EU og EU-retten.

Saksøkte (Norske stat v/Utlendingsnemnda) anførte derimot at EU-domstolens bruk av TEUV art. 21 i O. og B. medførte at unionsborgerdirektivet ikke gir noen avledet rett til opphold for tredjelandsborgere i medlemstaten der deres referanseperson (EØS-borgeren) er statsborger, og at en slik rettighet kun kan etableres på grunnlag av TEUV art. 21 nr. 1.<sup>112</sup> Når man i EØS-avtalen ikke har noen tilsvarende regel som TEUV art.21, kan ikke den samme retten etableres i EØS på bakgrunn av EU-domstolens praksis. Videre anførte den norske stat at uttalelsene fra EFTA-domstolen i Sak «Gunnarsson» om at direktivet ikke kan introdusere rettigheter basert på begrepet unionsborgerskap, taler mot at samme rett til opphold skal innvilges i hjemlandet til EØS-borgeren.

ESA (EFTA Surveillance Authority, EFTAs overvåkningsorgan) støttet seg på saksøker og argumenterte for et resultat som sikret ensartethet, dette til tross for at de bemerket at det ikke eksisterer noe unionsborgerskap etter EØS-avtalen. Videre fremholdt de at nettopp fraværet av et slikt borgerskapsbegrep i EØS-avtalen innebærer at direktivet bør ha en viktigere rolle for EØS-statene og at dets virkeområde bør gjøres bredere av effektivitetshensyn.

EFTA-domstolen tolket EØS-komiteens beslutning om innarbeidelse av unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen slik at «unionsborger»-begrepet ble omgjort, for EØS-landenes vedkommende, til borgere av EU- og EFTA-statene. De slo videre fast at løsningen som EU-domstolen kom til i «O. og B.» ikke kunne gjøres direkte gjeldende for EØS-retten, og for å komme til et ensartet resultat måtte man tolke direktivet i «sin riktige rettslige sammenheng».<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Vises til O. og B. som omtalt over, særlig avsnitt 37-56.

<sup>113</sup> Sak E-28/15 «Jabbi» avsnitt 67.

Hva EFTA-domstolen legger i «sin riktige rettslige sammenheng» uttaler de:

«I den videre undersøkelse legger EFTA-domstolen særlig vekt på at fri bevegelighet for personer er en del av kjernen i EØS-avtalen. Den foreliggende sak skiller seg fra O. og B. i den grad den nevnte dom er basert på unionsborgerskap. Følgelig må det undersøkes om det er mulig å oppnå ensartethet i EØS basert på et rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen. En slik undersøkelse må baseres på EØS-avtalen, rettsakter innlemmet i den samt rettspraksis». <sup>114</sup>

Ordlyden taler klart for at EFTA-domstolen mener at Sak C-456/12 «O. og B.» ikke kan gjøres direkte gjeldende for EØS-avtalen, og at den ikke uten videre kan legges til grunn. Samtidig understreker domstolen viktigheten av ensartethet, og gir et klart uttrykk for at det er et mål å oppnå dette. Når domstolen sier at «følgelig må det undersøkes om det er mulig å oppnå slik ensartethet i EØS [...]», tyder det på at de i tolkningen av unionsborgerdirektivet i EØS-sammenheng må søke å komme til samme resultat som EU-domstolen, selv om rettskildene det tas utgangspunkt i ikke sammenfaller fullt ut. Dette er et klart tegn på hvor sterkt homogenitetsmålsettingen står i domstolenes tolking av direktivet. Det vil for denne sak, og for direktivets del mer generelt, innebære å finne løsninger i EØS-regelverket som gir samme resultat som det EU-domstolen kommer til, også i de tilfeller EU-domstolen bygger sin avgjørelse på et annet rettsgrunnlag.

Om verdien og tolkningen av EU-domstolens praksis som rettskilde for EFTA-domstolen sier de i avsnitt 71 at:

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

EFTA-domstolen kommenterer her nøyaktig den problemstillingen man fryktet kunne oppstå ved at EU-domstolen bygger sine avgjørelser på den delen av primærlovgivningen som EØS-

---

<sup>114</sup> Sak 28/15 «Jabbi», avsnitt 68.

landene ikke er bundet av, og som har utviklet seg videre etter innførselen av direktivet, istedenfor å ta utgangspunkt i den sammenfallende lovgivningen.

Etter en gjennomgang av unionsborgerdirektivets artikkel 7 betydning i EØS-sammenheng endte de i kjernen av spørsmålet forelagt for dem. I avsnitt 76 stiller EFTA-domstolen seg selv det spørsmål om;

«[...] å nekte tredjelandsborgeren en avledet rett til opphold i Norge, når den norske borger vender tilbake til Norge, utgjør en hindring for den norske borgers rett til fri bevegelse etter EØS-retten.».

Til dette la domstolen seg tett opp til ordlyden i EU-sakene «Singh» og «Eind», når de avsnitt 77 svarer:

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

Linjen fra EU-domstolen som EFTA-domstolen her har lagt seg på er altså at dersom en EØS-borgers rett til fri bevegelse- som ikke kun utledes av EØS-avtalens art. 28, men også av unionsborgerdirektivets, vil det utgjøre en hindring for denne retten dersom familiemedlemmet ikke får opphold i EØS-borgerens hjemland etter utøvelse av retten til fri bevegelse.

EFTA-domstolen sammenfatter også dette til slutt i avsnitt 82 når den sier at:

«[...] vil bestemmelsene [i unionsborgerdirektivets] ved analogi komme til anvendelse på en situasjon der EØS-borgeren returnerer til hjemstaten sammen med familiemedlemmet».

Systemet og ordlyden EFTA-domstolen bruker for å komme frem til resultatet tyder på at de forstår unionsborgerdirektivets dithen at det gir uttrykk for den faktiske frie bevegelse for EØS-borgere. EFTA-domstolen bryter her klart med det EU-domstolen kom frem til i «O. og B». Hvor EU-domstolen der anvendte unionsborgerbegrepet og TEUV art. 21 for å begrunne at retten til fri bevegelse også må gjelde ovenfor hjemlandet til EU-statsborgeren, bruker

EFTA-domstolen her den frie bevegeligheten som følger av unionsborgerdirektivet til å gjøre det samme.

Spørsmålet som da reises er hvilke vilkår som må være oppfylt for at en EØS-borger har utøvet sin rett til fri bevegelse, også slik at dens familiemedlem fra et tredjeland har rett på avledet opphold i EØS-borgerens hjemland.

I den aktuelle saken uttalte EFTA-domstolen at:

«[f]or det første må EØS-borgerens opphold i vertsstaten ha vært reelt, slik at det ble lagt til rette for familieliv i vertsstaten. Oppholdet i vertsstaten må være av minst tre måneders sammenhengende varighet».<sup>115</sup>

Kravet til tre måneder kan nok leses ut av at EØS-borgere etter EØS-regelverket og unionsborgerdirektivet har rett til tre måneders visumfritt opphold, mens for opphold lenger enn tre måneder må vilkårene i artikkel 7 oppfylles.<sup>116</sup> Tanken bak er at dersom en EØS-borger har oppholdt seg lenger enn tre måneder i et annet EØS-land, på bakgrunn av oppholdsgrunnlagene i direktivets art. 7, vil personen ha utøvet sin rett til fri bevegelse. Etter foreliggende sak innebærer det at familiemedlemmet til den norske borgeren har rett til opphold i Norge, på samme vilkår som i alle andre EØS-land. En videre forutsetning for at oppholdet er reelt er om den norske statsborgeren har hatt tilstrekkelig med midler, arbeidet eller vært selvstendig næringsdrivende i vertsstaten.

EFTAs rådgivende uttalelse (domsslutning) i saken var således at dersom en EØS-borger har utøvet sin rett til fri bevegelse etter unionsborgerdirektivet og opprettholdt eller styrket familielivet under oppholdet, vil retten til fri bevegelse innebære at familiemedlemmet har avledet rett til opphold i EØS-borgerens hjemland på samme vilkår som i andre EØS-land.<sup>117</sup>

Etter dette ble saken videre behandlet i Borgarting Lagmannsrett. Her kom lagmannsretten til at oppholdet til den norske kvinnen ikke hadde vært «reelt» og viste til at hun hadde beholdt en leilighet i Norge, ikke søkt om arbeidsavklaringspenger mens hun bodde i Spania, at de begge bodde i et kollektiv hvor de delte kjøkken og bad med andre mens de levde der og at

---

<sup>115</sup> Sak E-28/15 (Jabbi) avsnitt 80.

<sup>116</sup> Se nærmere om dette i direktivets kapittel 5.

<sup>117</sup> Sak E-28/15 (Jabbi) avsnitt 80.

hun i løpet av en tretten måneders periode hadde reist tre ganger til Norge. Samlet mente lagmannsretten at dette tilsa at hennes 13 måneders opphold i Spania ikke var «reelt».<sup>118</sup>

Uten å kritisere domstolen for mye er det her vanskelig å se hvilke vilkår for reelt opphold lagmannsretten har lagt til grunn, sammenlignet med direktivets bestemmelser om rett til opphold i mer enn tre måneder samt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Med å løse saken på denne måten unngikk også lagmannsretten å måtte ta stilling til EFTA-domstolens analogiske anvendelse av rettigheter som utledes av EUs unionsborgerskap og om man i EØS-retten må legge til grunn og anvende tilsvarende utvidete rettigheter som følger av unionsborgerrettighetene.

Spørsmålet kom på nytt opp for den norske domstolen og Høyesterett sendte forespørsel til EFTA-domstolen om rådvidende uttalelse sommeren 2019.

### **5.2.2 Sak E-4/19- Campbell mot den norske stat**

Saken gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas (UNE) vedtak om å bortvise saksøker på grunnlag av manglende oppholdsrett i Norge. Canadiske Melissa Campbell giftet seg i 2012 med norske Cecilie Gjengaar. De fulgte opp giftemålet med å sende inn søknad om oppholdsrett for familieegjenforening, som norske utlendingsmyndigheter avsto. Paret flyttet da til Mörsil i Sverige, som bare er ca. 20 mil fra Trondheim.

I januar 2014 flyttet Gjengaar tilbake til Norge, og i mars samme år begynte hun å jobbe på Hurtigruten igjen- som hun jobbet turnus hos fra februar til september i 2013. I juni samme år søkte Campbell igjen om oppholdsrett i Norge, denne gang med grunnlag som familiemedlem til en EØS-borger. Også denne gang fikk Campbell avslag fra de norske utlendingsmyndighetene. Saken kom til slutt helt opp til Høyesterett, hvor den skulle behandles i storkammer. I den forbindelse sendte Høyesterett forespørsmål om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen med flere tolkningsspørsmål.

I anmodningen ble EFTA-domstolen forelagt totalt tre spørsmål. *For det første* spurte Høyesterett om art. 7 (1) bokstav b og art. 7 (2) i direktiv 2004/38/EF i lys av nyere EU-

---

<sup>118</sup> LB-2017-98329-2

domstolpraksis og homogenitetsprinsippet kan tolkes slik at bestemmelsene får analogisk anvendelse der en EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med et familiemedlem.

*Det andre og tredje spørsmålet*, som EFTA-domstolen behandlet samlet, var hva som ligger i kravene til «sammenhengende» og «reelt opphold», og forholdet mellom reelt opphold og misbruk av rettigheter.

Høyesterett sendte spørsmålet «i lys av»<sup>119</sup> at EU-domstolen har fastholdt sin rettskildebruk i «O. og B.» i senere avgjørelser<sup>120</sup> og spurte derfor om EFTA-domstolen står ved sin tolkning av rett til avledet opphold ved retur fra et annet EØS-land. Etter ordlyden kan man tolke Høyesterett slik at de stilte seg tvilende til rettskildebruken til EFTA-domstolen i «Jabbi».

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

«I EØS-rettslig sammenheng medfører det faktum at EØS-retten ikke har noen parallell til TEUV artikkel 21 at direktivet må tolkes på en annen måte i EØS for å oppnå direktivets mål, som fremfor alt er å legge til rette for og styrke utøvelsen av den grunnleggende og individuelle rett til å ferdes og oppholde seg på EØS-statenes territorium».<sup>121</sup>

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

EFTA-domstolen går videre til å vurdere spørsmålet om hvorvidt EU-domstolens opprettholdelse av bruken av direktivet sammen med unionsborgerbegrepet og uttaler at «Imidlertid gjelder ingen av dommene tolkning av direktivet i EØS-avtalens kontekst.»<sup>122</sup> videre fastholder EFTA-domstolen ved løsningen den kom frem til i «Jabbi».<sup>123</sup> Etter dette må EFTA-domstolen forstås dithen at den mener at unionsborgerdirektivet har et annet innhold og annen betydning for EØS-borgere enn for EU-borgere.

---

<sup>119</sup> Sak E-4/19 (Campbell) avsnitt 32.

<sup>120</sup> Sak C-673/16 (Coman).

<sup>121</sup> Sak E-4/19 (Campbell) avsnitt 57.

<sup>122</sup> Sak E-4/19 (Campbell) avsnitt 58.

<sup>123</sup> Sak E-4/19 (Campbell) avsnitt 58.

Når man leser over dommen kan det raskt se ut som om EFTA-domstolen her opprettholder sin tolkning fullt ut fra «Jabbi». Derimot om man leser dommens begrunnelse nøye er det mulig å spore en viss nyansering. Som Gjermund Mathisen, director of competition and state aid i ESA, selv skriver på nettplattformen Twitter opphører bruken av «analogy» etter avsnitt 55.<sup>124</sup> Det EFTA-domstolen skriver i sin konklusjon i Campbell avsnitt 59 er at unionsborgerdirektivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b, jf. art. 7 nr. 2 gjelder for «are applicable to» personer som Campbell. Også begrunnelsen i forkant leder frem til dette, se særlig avsnitt 57 i dommen. Domstolen fremhever at det er for det foreliggende tilfelle er snakk om en «interpretation».

Om det utgjør en reell forskjell at EFTA-domstolen hevder at de tolker direktivet utvidende og ikke begrunner resultatet med en analogislutning er usikkert. Etter EØS-strukturen og det at EFTA-domstolen kun kommer med rådgivende anmodninger må spørsmålet til slutt avgjøres i norsk nasjonal domstol. Den aktuelle saken ble løst på annet vis, og Campbell fikk opphold i Norge på annet grunnlag. Hun valgte derfor å trekke anken før den skulle behandles i storkammer av Høyesterett.<sup>125</sup>

## 6 Konklusjon

Spørsmålet man står igjen med er; hva er egentlig gjeldende rett for EØS-borgere, og følgelig norske borgere? Utgjør løsningen EFTA-domstolen kom til i sak E-4/19 «Campbell» noen realitetsforskjell fra den som fremgår av «Jabbi», eller er det et «spill for galleriene» å kalle det en utvidende fortolkning i stedet for analogi? Til syvende og sist er begge bare navn på ulike tolkningsresultater, og det vil således kunne være en glidende overgang disse imellom. Begrepsbruken trenger dermed ikke å utgjøre noen faktisk forskjell. Men da spørsmålet enda ikke er avgjort i nasjonal domstol, må man se på om EFTA-domstolens løsning holder mål.

Oppsummert kan en si at den rettslige situasjon nå er at EUs primærlovgivning gir en mer omfattende rett til fri bevegelighet enn det en direkte kan utlede av unionsborgerdirektivet, mens direktivet for EØSs primærlovgivning gir utvidet rett til fri bevegelighet. Hele denne problemstillingen tydeliggjør utfordringene som følger av at EØS-avtalens hoveddel har stått

---

<sup>124</sup> <https://twitter.com/gjmathisen/status/1260506374032822277?s=20>.

<sup>125</sup> HR-2020-1146-F.

uendret siden oppstandelsen i 1992, mens EU-retten har endret sin primærlovgivning betraktelig. Løsningen EFTA-domstolen har kommet til for å løse denne spenningen mellom tolkningen av unionsborgerdirektivet, er ved å vurdere direktivet som et uttrykk for den frie bevegelsen i EØS. Dette medfører at den frie bevegelse som følger av TEUV art. 21 for EU-borgere, også følger av unionsborgerdirektivet for EØS-borgere. Denne løsningen har mottatt både lovprisning og sterk kritikk.<sup>126</sup>

Noen ser på EFTA-domstolens anvendelse av direktivet som helt nødvendig for å bevare rettsenhet mellom EU-retten og EØS-retten, da alternativet for å sikre dette er en oppdatering av EØS-avtalens hoveddel- som fremstår nokså urealistisk. På den annen side ser noen på dette som nærmest et eksempel på rettslig aktivisme, hvor EFTA-domstolen ignorerer den omstendighet at EU-traktatens bestemmelser om unionsborgerskap ikke er en del av EØS-avtalen.

### **6.1.1 EFTA-domstolens løsning**

U EU-rettslig sammenheng har altså EU-domstolen ved flere anledninger uttalt at EU-borgere ikke kan påberope seg unionsborgerdirektivet mot egen hjemstat som grunnlag for familiegjenforening med familiemedlemmer fra tredjeland. Denne retten har EU-domstolen imidlertid slått fast gjennom prinsippbestemmelsene om unionsborgerskap som fremgår av EUs traktater.

I jabbi-saken kom samme problemstilling opp for EFTA-domstolen, og der uttalte domstolen at unionsborgerdirektivet i en EØS-sammenheng må tolkes slik at det gir de samme rettighetene til EØS-borgere som traktatbestemmelsene gir EU-borgere.

Et annet vesentlig spørsmål som følger av den ulike fremgangsmåten for å komme til samme resultat i EØS-retten og EU-retten er hvorvidt unionsborgerdirektivet gir mer omfattende rettigheter til EØS-borgere enn EU-borgere. Dette kan besvares både bekræftende og fornektende.

På den ene siden kan man tolke EU-domstolens uttalelse om at familiemedlemmer til EU-borgere må ha «at least» like gode vilkår i EU-borgerens hjemland som i vertsland som at EU-domstolen gir EU-borgere enda lempeligere vilkår enn det som følger av direktivet. Slik

---

<sup>126</sup> Ragnar Knoph, «Knophs oversikt over Norges rett» 15 utgave, 2019.



sett er det ikke utenkelig at dersom det ikke var noe unionsborgerbegrepet i EU, ville EU-domstolen tolket direktivet på samme måte som EFTA-domstolen. EFTA-domstolen bruker ikke det samme begrepet, og vilkårene for opphold i hjemlandet til EU-borgeren kan slik sett antas å være lempeligere enn det som følger av EFTA-domstolens uttalelser om at det må være på linje med direktivets bestemmelser.

På den annen side kan det argumenteres med at siden EFTA-domstolen bruker direktivet som eneste rettsgrunnlag, i motsetning til EU-domstolen som søker støtte i unionsborgerskapet, brytes det med konformitetsprinsippet i tolkningen og at det er problematisk. Det har også blitt foreslått at ulikheten vil gjøre at EU-borgere som gifter seg med en tredjelandsborger i et EØS-land vil kunne påberope seg rettigheter etter direktiver som hen ikke vil kunne påberope seg dersom de befant seg i et EU-land, og at dette derfor også kan være EU-rettslig problematisk.<sup>127</sup>

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

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

Hvis man anser EØS-avtalens regler for fri bevegelighet som definert av unionsborgerdirektivet, og EU-rettens regel om fri bevegelighet i TEUV art. 21 «begrenset» av direktivet, vil en løsning slik EFTA-domstolen har kommet til i sakene bevare den frie bevegelighet i EØS-retten på et tilstrekkelig høyt nivå. Konformitetsprinsippet tilsier at løsningen EFTA-domstolen peker på er den beste for å bevare den frie bevegelighet tilnærmet lik i EU-retten og EØS-retten.

---

<sup>127</sup> Arnesen (2017) s. 128.

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

At denne problemstillingen igjen vil nå norske domstoler er klart. Spørsmålet blir da hva man tror domstolene vil gjøre med saken. Personlig føyer jeg meg til det Halvard Haukeland uttalte i intervju med Rett24 den 14. mai 2020:

«Uansett hva man måtte mene om tolkningen av unionsborgerskapet, kan det være grunn til å spørre om saken er viktig nok for staten til å be Høyesterett om å gå i full klinsj med EFTA-domstolen».<sup>128</sup>

Før han videre legger til om timingen for en slik eventuell konflikt med EFTA-domstolen:

«Det kan være grunn til å minne om at spørsmålet i Jabbi og Campbell reelt sett er om norske borgere skal ha samme rett til familiegjenforening i Norge som det unionsborgerdirektivet gir andre EØS-borgere her til lands, og som norske borgere på samme grunnlag har i andre EØS-land. Selv om direktivets ordlyd støtter statens syn om at det ikke er ment å [gi] rett til familiegjenforening overfor egen hjemstat, er det kanskje en litt pussig kampsak for å avgrense EØS-retten».

---

<sup>128</sup> <https://rett24.no/articles/advarer-mot-a-ga-i-klinsj-med-efta-domstolen>, lest den 21.04.21, kl.18.

## 7 Kilderegister

### 7.1 Konvensjoner og traktater

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).	Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950.
Romatraktaten/EØF-traktaten	Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap, Roma, 25. mars 1957.
Wien-konvensjonen om traktatstolkning-	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 mai 1969.
Den europeiske enhetsakt (Enhetstraktaten/Enhetsakten).	
Maastrichttraktaten (EF-traktaten)	Traktaten om opprettelse av Det europeiske Fellesskap, Maastricht, 1992.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto, 1992.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, Porto, 1992.
Amsterdam-traktaten	Amsterdamtraktaten om endring av traktaten om Den europeiske union, traktatene om opprettelse av Det europeiske fellesskap og vise tilknyttede akter, Amsterdam, 1997.
Nice-traktaten	
TEU	Traktaten om Den europeiske union, konsoliderte utgave av Maastricht-traktaten

	etter vedtakelsen av Lisboa-traktaten. Lisboa, 2007.
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/C 202/02).
Charteret	Den europeiske unions Charter om grunnleggende rettigheter, Strasbourg 2007.

## 7.2 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. Var gjennomført i norsk rett i EØS- arbeidstakerloven av 27. november 1992 nr. 112.
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

Rådskildirektiv 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

Rådskildirektiv 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

Rådskildirektiv 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 89/104/EØF (Varemerkedirektivet)	Rådsdirektiv 89/104/EØF av 21. desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker. Tidligere gjeldende varemerkedirektiv, erstatte av Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/95/EF av 22. oktober 2008 om innbyrdes tilnærmelse av medlemsstatenes lovgivning om varemerker.
Direktiv 90/364/EØF	Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett.
Direktiv 90/365/EØF	Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett for lønnsinntakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet.
Direktiv 93/96/EØF	Rådsdirektiv 93/96/EØF av 29. oktober 1993 om studenters oppholdsrett.
Direktiv 2004/38/EF (Unionsborgerdirektivet)	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.
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).

## 7.3 Internasjonal rettspraksis

### 7.3.1 Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Tilgjengelig på: <https://eftacourt.int/cases/>

Sak E-2/97 (Maglite)	Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway, Ulsteen, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 127.
Forente saker E-9/07 og E-10/07 (L'Oreal)	L'Oreal Norge AS og L'Oreal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS, EFTA Ct. Rep. 2011 s.216.
Sak E-4/11 (Clauder)	Arnulf Clauder, EFTA Ct. Rep. 2011 s.216.
Sak E-26/13 (Gunnarsson)	Atli Gunnarsson mot Íslenska ríkið, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 254
Sak E-28/15 (Jabbi)	Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE), EFTA Ct. Rep. 2016 s.575.
Sak E-4/19 (Campbell)	Dom av 13. mai 2020, sak E-4/19 Melissa Colleen Campbell mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE).
Sak E-16/20	Q m.fl. mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE).
Sak E-2/20	Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE) mot L.

### 7.3.2 Avgjørelser fra EU-domstolen

Tilgjengelig på: Lovdata og <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html>

Sak C-370/90 (Singh)	The Queen v. Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh.	Dom av 7. juli 1992, Singh, C-370/90, ECLI:EU:C:1992:296.
Sak C-355/96 (Silhouette)	Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.	Dom av 16. juli 1998, Silhouette, C-355/96, ECLI:EU:C:1998:374.
Sak C-184/99 (Grzelczyk)	Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve	Dom av 20. september 2001, Grzelczyk, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458
Sak C-413/99 (Baumbast)	Baumbast og R v. Secretary of State for the Home Department.	Dom av 17. september, Baumbast, C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.
Sak C-291/05 (Eind)	Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. R. N. G. Eind	Dom av 11. desember 2007, Eind, C-291/05, ECLI:EU:C:2007:771.
Sak C-127/08 (Metock)	Blaise Baheten Metock mfl. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform	Dom av 25. juli 2008 [GC], Metock, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449.
Sak C-456/12 (O. og B.)	O. og B. v Statsråd for innvandring, integrering og asyl (Nederland) [Egen oversettelse].	Dom av 12. mars [GC], O. og B., C-456/12, EUT C 135 af 5.5.2014, s. 6–6/ ECLI:EU:C:2014:135.



Original: O. v Minister voor  
Immigratie, Integratie en  
Asiel og Minister voor  
Immigratie, Integratie en  
Asiel v B.

Sak C-673/16 (Coman)	Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton og Asociatia Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrări og Ministerul Afacerilor Interne	Dom av 5. juni 2018 [GC], <i>Coman</i> , C-673/16, EUT C 268 af 30.7.2018, s. 7–7.
----------------------	--	--

## 7.4 Norske kilder

### 7.4.1 Lovregister

Grunnloven (Grl.)	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
EØS-loven	Lov 27.november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Menneskerettsloven (mrl.)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Utlendingsloven (utl.)	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

#### **7.4.2 Forarbeid og rundskriv**

Ot.prp. Nr. 72

Ot.prp.nr.72 (2007-2008) Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (regler for EØS- og EFTA-borgarar o.a.).

St.prp. Nr. 42

St.prp. Nr. 42 (2007-2008) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.

NOU 2012:2

NOU 2012:2 «Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU», Europautredningen. Utredning fra utvalg oppnevnt av Utenriksdepartementet 7. januar 2010. Avgitt 17. januar 2012.

AI-2014-1

Rundskriv fra Arbeids- og sosialdepartementet av 20. januar 2014. Instruks om tolkning av utlendingsloven §110 annet og tredje ledd- oppholdsrett for familiemedlemmer.

### 7.4.3 Nasjonale avgjørelser

Rt-2000-1811-P (Finanger I)

HR-2020-1146-F (Campbell)

LB-2017-98329-2 (Borgarting lagmannsrett)

### 7.5 Juridisk teori

Eckhoff (2001)

Torstein Eckhoff «Rettskildelære», 5. utgave, Universitetsforlaget, 2001.

Nygaard (2004)

Nils Nygaard «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004.

Arnesen (2009)

Finn Arnesen og Are Stenvik, «Internasjonalisering av juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett», 1. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2009.

Smith (2009)

Eivind Smith, «Konstitusjonelt demokrati», 1. utgave, Bergen, Fagbokforlaget, 2009.

Fredriksen (2009)

Halvard Haukeland Fredriksen, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» tidsskrift for rettsvitenskap 2009 s. 507-576 (TFR-2009-507), Universitetsforlaget, 2009.

Vevstad (2010)

Vigdis Vevstad, «Utlendingsloven, kommentarutgave», 1. utgave, Universitetsforlaget, 2010.

- Sejersted mfl. (2011) Fredrik Sejersted mfl. (Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad), «EØS-rett». 3. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2011.
- Burri og Pirker (2013) Thomas Burri og Benedikt Pirker, «Constitutionalization by Association? The doubtful Case of the European Economic Area», Yearbook of European law 2013 s. 207-229.
- Barnard (2013) Catherine Barnard, «The substantive law og the EU: The four freedoms». 4. utgave, Oxford university press, 2013.
- Fredriksen (2013) Halvard Haukeland Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», Jussens venner nr. 6, Universitetsforlaget, 2013 s. 371-399.
- Rossi dal Pozzo (2013) Francesco Rossi dal Pozzo, «Citizenship rights and freedom of movement in the European Union». European monograph series; 82, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.
- Permalink:  
<https://lib.ugent.be/catalog/rug01:002076491>
- Neergaard og Nielsen (2013) Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, «EU-ret, Fri bevægelighed». Karnov Group, København 2013.

- Rennuy og van Elsuwege (2014) Nicolas Rennuy 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.
- Stemsrud (2015) Odd Stemsrud, «EØS-rett i et nøtteskall», 1. utgave, Gyldendal juridisk, 2015.
- Fredriksen (2015) Halvard Haukeland Fredriksen, «Best i klassen? EØS-Norge sett utenfra», *Nytt norsk tidsskrift* nr. 2 2015 s. 147-162 (NNT-2015-147), Universitetsforlaget, 2015.
- Haukeland og Franklin (2015) Halvard Haukeland Fredriksen og Christian N.K. Franklin, «of pragmatism and principles: the EEA agreement 20 years on», *Common Market Law Review* vol. 52, 2015 s. 629-684.
- Arnesen (2017) Finn Arnesen, «EEA- a “distinct legal order of its own?”», *Marlus* 2017, 482 s. 111-131.  
Tilgjengelig på:  
<https://www.duo.uio.no/handle/10852/65128>.
- Fredriksen (2018) Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, «EØS-rett» 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2018.
- Knoph (2019) Ragnar Knoph, Harald Irgens-Jensen og Mads Andenæs, «Knophs oversikt over Norges rett» 15. utgave, Universitetsforlaget

## 7.6 Elektroniske kilder

Oversikt over EUs medlemsland [[https://europa.eu/european-union/about-eu/countries\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en)], sist besøkt 03.05.2021 kl. 1757.

Definisjon av «EU-kommisjon» [<https://snl.no/EU-kommisjonen>] Sist besøkt 03.05.2021 kl. 1758.

«Rapport om familieinnvandring og ekteskapsmønster 1990-2018 (SSB) av Christian Sørlien Molstad og Alice Steinkellner [<https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/familieinnvandring-og-ekteskapsmonster-1990-2018>], publisert 3. februar 2020, sist besøkt 03.05.2021 kl. 1802.

Utenriksdepartementets veileder for «Folkerettslige avtaler: Om forhandling og inngåelse av folkerettslige avtaler», utarbeidet av Utenriksdepartementets rettsavdeling [<https://lovdata.no/static/traktater/folkerettslige-avtaler.pdf>] sist besøkt 03.05.2021 kl. 1805.

Intervju med Halvard Haukeland Fredriksen i Rett24 den 14. mai 2020 [<https://rett24.no/articles/advarer-mot-a-ga-i-klinsj-med-efta-domstolen>] sist besøkt 03.05.2021 kl. 1808.

Tweet fra Gjermund Mathisens (Director of Competition and State Aid for ESA, tidligere jobbet for ESAs juridiske avdeling og EFTA-domstolen) personlige Twitter-profil, skrevet den 13 mai. 2020 kl. 11:45. <https://twitter.com/gjmathisen/status/1260506374032822277>.

NOU 2012: 2 (Utenfor og innenfor- Norges avtaler med EU) Del 2 hentet fra regjeringens nettside. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2012-2/id669368/sec5>. Sist sjekket 13.05.2021 kl. 17.33.

