



RETTSMØTERAPPORT

i sak E-28/15

ANMODNING til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i en sak mellom

Yankuba Jabbi

og

Den norske stat

om tolkningen av artikkel 7 nr. 1 bokstav b) sammenholdt med artikkel 7 nr. 2 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) 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.¹

I Innledning

1. Ved brev datert 1. november 2015, registrert ved EFTA-domstolen 18. november 2015, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for tingretten mellom Yankuba Jabbi («saksøker») og Den norske stat («saksøkte»).
2. Saken for tingretten gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014 om avslag på søknad om opphold og om bortvisning fra Norge, og av

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) 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, EUT 2004 L 158, s. 77, rettet ved EUT 2004 L 229, s. 35, EUT 2005 L 30, s. 27 og EUT 2005 L 197, s. 34, innarbeidet i EØS-avtalen vedlegg V, punkt 1 og vedlegg VIII, punkt 3, EØS-tillegg 2012 nr. 5, s. 243.

Utlendingsnemndas etterfølgende beslutninger av 8. juli 2014 og 15. januar 2015 om ikke å omgjøre vedtaket.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Artikkel 28 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:

1. Fri bevegelse for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.

2. Den frie bevegelse innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.

3. Med forbehold for de begrensninger som er begrunnet ut fra hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen, skal den frie bevegelse gi rett til

a) å ta faktisk tilbudt arbeid,

b) å flytte fritt innen territoriet til EFs medlemsstater og EFTA-statene i dette øyemed,

c) å oppholde seg på territoriet til en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat for å arbeide der i samsvar med de lover og forskrifter som gjelder for innenlandske arbeidstagere,

d) å bli boende på territoriet til en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat etter å ha hatt arbeid der.

[...]

4. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) 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 (“direktivet”) ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg V punkt 1 og vedlegg VIII punkt 3 ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 (“beslutning nr. 158/2007”) av 7. desember 2007.² Beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

² EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17.

5. Betragtning 1 i fortalen til direktivet lyder:

Unionsborgerskapet gir alle unionsborgere en grunnleggende og individuell rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, med forbehold for de begrensninger og vilkår som er fastsatt i traktaten og de tiltak som er vedtatt for å gjennomføre den.

6. Betragtning 3 i fortalen til direktivet lyder:

Unionsborgerskap bør være grunnleggende status for borgere i medlemsstatene når de utøver sin rett til fri bevegelighet og fritt opphold. Eksisterende fellesskapsdokumenter som hver for seg omhandler lønnstakere, selvstendig næringsdrivende samt studenter og andre personer utenfor arbeidsstyrken, bør derfor konsolideres og gjennomgås for å forenkle og styrke retten til fri bevegelighet og fritt opphold for alle unionsborgere.

7. Betragtning 5 i fortalen til direktivet lyder:

For at alle unionsborgere skal kunne utøve retten til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium på objektive vilkår som sikrer frihet og verdighet, bør også familiemedlemmer gis denne rett, uavhengig av statsborgerskap. I dette direktiv bør definisjonen av "familiemedlem" også omfatte registrerte partnere dersom registrert partnerskap i henhold til vertsstatens lovgivning er sidestilt med ekteskap.

8. Direktivet artikkel 1 lyder:

I dette direktiv fastsettes:

a) vilkår for unionsborgeres og deres familiemedlemmers utøvelse av retten til fri bevegelighet og fritt opphold på medlemsstatenes territorium,

[...]

9. Under overskriften «Definisjoner» fastsetter direktivet artikkel 2 følgende:

I dette direktiv menes med:

1. "unionsborger" enhver person som er borger i en medlemsstat,

2. "familiemedlem"

a) ektefelle,

[...]

3. "vertsstat" den medlemsstat som en unionsborger flytter til for å utøve sin rett til fri bevegelse og fritt opphold.

10. Direktivet artikkel 3 nr. 1 lyder:

Dette direktiv 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.

11. Direktivet artikkel 6, som omhandler retten til opphold i inntil tre måneder, lyder:

1. Unionsborgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på inntil tre måneder uten andre vilkår eller formaliteter enn kravet om å ha et gyldig identitetskort eller pass.

2. Bestemmelsene i nr. 1 får også anvendelse på familiemedlemmer med gyldig pass som ikke er borgere i en medlemsstat, og som kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren.

12. Direktivet artikkel 7, som omhandler retten til opphold i over tre måneder, fastsetter følgende:

1. Alle unionsborgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på over tre måneder dersom vedkommende

a) er lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten, eller

b) har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, samt har en sykeforsikring med full dekning i vertsstaten, eller

c) – er tatt opp ved en privat eller offentlig institusjon som er godkjent eller finansiert av vertsstaten på grunnlag av dens lovgivning eller administrative praksis, med hovedformål å følge et studium, herunder yrkesoppsettet opplæring, og

– har sykeforsikring med full dekning i vertsstaten og godtgjør overfor den relevante nasjonale myndighet i form av en erklæring eller på en tilsvarende valgfri måte at vedkommende har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, eller

d) er familiemedlemmer som kommer sammen med eller slutter seg til en unionsborger som oppfyller vilkårene nevnt i bokstav a), b) eller c).

2. Oppholdsretten fastsatt i nr. 1 skal også omfatte familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, når de kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren i vertsstaten, forutsatt at unionsborgeren oppfyller vilkårene nevnt i nr. 1 bokstav a), b) eller c).

[...]

13. Direktivet artikkel 10 nr. 1 lyder:

Oppholdsretten til unionsborgeres familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, skal fastslås ved at det utstedes et dokument kalt «oppholdskort for en unionsborgers familiemedlem» senest seks måneder etter datoen da søknaden ble innlevert. Det skal umiddelbart utstedes et bevis på at søknad om oppholdskort er innlevert.

14. Direktivet artikkel 16 nr. 1 lyder:

Unionsborgere som har oppholdt seg lovlig i et sammenhengende tidsrom på fem år i vertsstaten, skal ha rett til fast opphold der. Denne rett skal ikke være underlagt vilkårene i kapittel III.

15. Artikkel 1 i beslutning nr. 158/2007 lyder:

[...]

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

[...]

b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.

c) Betegnelsen “unionsborger(e)” erstattes med betegnelsen “statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene”.

[...]

16. Vedlagt beslutning nr. 158/2007 var en felleserklæring fra avtalepartene i forbindelse med vedtaket. Denne erklæring lyder:

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

Avtalepartene er enige om at innvandringspolitikk ikke er omfattet av EØS-avtalen. Bosettingsrettigheter for tredjelandsborgere faller utenfor avtalens anvendelsesområde, med unntak av rettigheter som gis gjennom direktivet til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-statsborger som utøver sin rett til fri bevegelse i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelse for EØS-statsborgere. 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 tredjelandsborgere også kan nyte godt av visse avledede rettigheter som fastsatt i artikkel 12 nr. 2, artikkel 13 nr. 2 og artikkel 18. Dette berører ikke EØS-avtalens artikkel 118 og den framtidige utvikling av uavhengige rettigheter for tredjelandsborgere, som ikke faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.

Nasjonal rett³

17. Direktivet er innarbeidet i norsk rett ved lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her ("utlendingsloven").⁴

18. Utlendingsloven kapittel 13 (§§ 109-125) inneholder særlige regler om utlendinger som omfattes av EØS-avtalen. Utlendingsloven § 110 annet ledd lyder:

Familiemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet så lenge de følger eller gjenforenes med en EØS-borger. Familiemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet dersom de følger eller gjenforenes med en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelse etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land.

19. Utlendingsloven § 112, som omhandler oppholdsrett i mer enn tre måneder for EØS-borgere, lyder:

En EØS-borger har oppholdsrett utover tre måneder så lenge vedkommende

³ Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

⁴ LOV-2008-05-15-35.

- a) er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende,
- b) skal yte tjenester,
- c) råder over tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og eventuelle medfølgende familiemedlemmer og er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, eller

[...]

III Faktum og saksgang

20. Saksøker er gambisk statsborger. Den 1. februar 2012 giftet han seg i Spania med Inger Johanne Martinsen Amoh, som er norsk borger. De oppholdt seg sammen i Spania fra september 2011 til oktober 2012. Amoh drev ikke med økonomisk aktivitet under oppholdet i Spania, men saksøker hevder at hun hadde egne midler til opphold. Det er omtvistet om Amoh oppfylte vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger under oppholdet i Spania, men det er uomtvistet at hun hadde rett til å motta uførepensjon der.

21. Partene har ulike syn på den fremlagte dokumentasjon vedrørende Amohs opphold i Spania og hennes tilknytning til Norge under oppholdet.

22. Den 20. november 2012 søkte saksøker om opphold i Norge som ektefelle til en EØS-borger, dvs. Amoh. Ved vedtak av 19. februar 2014 besluttet Utlendingsdirektoratet at saksøker ikke oppfylte vilkårene for opphold i Norge etter utlendingsloven kapittel 13, og bortviste ham fra Norge. Vedtaket ble påklaget og opprettholdt ved Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014. Saksøker anmodet deretter om omgjøring av vedtaket. Dette ble avslått ved Utlendingsnemndas vedtak av 8. juli 2014 og 15. januar 2015.

23. Etter disse vedtak brakte saksøker saken inn for den anmodende domstol med påstand om at han har en avledet rett til opphold i Norge som følge av hustruens opphold i Spania og senere retur til Norge.

24. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

Gir Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 (1)(b) jf. (2) avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger?

IV Skriftlige innlegg

25. I medhold av artikkel 20 i Domstolens vedtekter og artikkel 97 i Domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- saksøker, representert ved advokat Arild Humlen,
- saksøkte, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- Fyrstedømmet Liechtensteins regjering, representert ved Dr. Andrea Entner-Koch, Director, og Thomas Bischof, Deputy Director, EEA Coordination Unit, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Director, Maria Moustakali, Senior Officer, og Marlene Lie Hakkebo, Temporary Officer, Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Elisabetta Montaguti og Michael Wilderspin, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

V Sammendrag av fremsatte anførsler

Saksøker

26. Med grunnlag i direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. artikkel 7 nr. 2, fastholder saksøker at han har en avledet rett til opphold i Norge som følge av hustruens opphold i Spania og senere retur til Norge.

27. Ifølge saksøker regulerer direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b) retten til opphold i en annen EØS-stat for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive. Dennes familiemedlemmer som ikke er EØS-borgere, avleder sin rett til opphold fra artikkel 7 nr. 2.

28. Saksøker anfører at det sentrale rettslige spørsmål i saken er i hvilken grad direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. artikkel 7 nr. 2, får anvendelse for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, og deres familiemedlemmer, ved retur til EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger. EØS-avtalen artiklene 28 og 31 regulerer fri bevegelse for økonomisk aktive personer, mens direktivet likestiller bevegelse for økonomisk aktive og ikke økonomisk aktive.

29. Hovedformålet med EØS-avtalen var ifølge saksøker å utvide EUs indre marked til å omfatte EØS/EFTA-statene. I denne sammenheng minner saksøker om at det i forordningen til EØS-avtalen slås fast at avtalens formål er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde som er grunnlagt på felles regler.

30. Saksøker konkluderer med at målet om ensartethet må være avgjørende for tolkningen av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b).

31. Saksøker erkjenner at begrepet “unionsborgerskap” ikke har noen parallell i EØS-retten. Uavhengig av dette hevder han at retten til fri bevegelighet må være ensartet i hele EØS.

32. Saksøker understreker betydningen av dommen avsagt av Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i saken *O. og B.*⁵ Saksøker anfører at EU-domstolen der baserte sitt resultat på artikkel 21 nr. 1 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TEUV”). Saksøker mener at EU-domstolens dom likevel gir grunnlag for å tolke og anvende direktivet på den måte saksøker tar til orde for, og dermed også i samsvar med prinsippet om ensartethet. Uten en slik fortolkning vil retten til fri bevegelighet for EØS-borgere bli hindret. Som videre støtte for dette viser saksøker til EFTA-domstolens praksis.⁶

33. Av alle disse grunner anmoder saksøker EFTA-domstolen om å svare bekreftende på det forelagte spørsmål.

Saksøkte

34. Saksøkte anfører at det forelagte spørsmål allerede er blitt besvart i saken *O. og B.* EU-domstolen la der til grunn at direktivet ikke gir avledede rettigheter til opphold for tredjelandborgere i medlemsstaten der deres referansepersoner, dvs. EU-borgerne, er statsborgere, og at en slik avledet rettighet bare kan etableres på grunnlag av TEUV artikkel 21 nr. 1.⁷

35. I denne sammenheng påpeker saksøkte at EØS-avtalen ikke inneholder noen bestemmelse som tilsvarer TEUV artikkel 21. Saksøker understreker videre at EFTA-domstolen allerede har hatt anledning til å slå fast at direktivet ikke kan introdusere rettigheter i EØS-avtalen basert på begrepet unionsborgerskap i TEUV artikkel 21 nr. 1.⁸

36. Saksøkte anfører at bestemmelsene om fri bevegelighet for personer i artiklene 28, 31 og 36 i EØS-avtalens hoveddel ikke får anvendelse i den foreliggende sak ettersom det er enighet om at Amoh ikke drev med økonomisk aktivitet i Spania. Amohs opphold i Spania kan derfor bare ha vært basert på direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b) og underlagt vilkårene i denne bestemmelse. Det er omtvistet om Amoh oppfylte alle disse vilkår.

37. Når det gjelder saksøkers argumenter vedrørende ensartethet, erkjenner saksøkte at ensartet tolkning og anvendelse av felles regler er avgjørende for at det indre marked skal virke effektivt i EØS. Prinsippet om ensartethet leder derfor til en formodning om at

⁵ Det vises til dommen i *O. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel og Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B.*, C-456/12, EU:C:2014:135 (avsnitt 51, 54 og 56).

⁶ Det vises til sak E-26/13 *Atli Gunnarsson*, Sml. 2014 s. 254.

⁷ Det vises til *O. og B.*, som omtalt over (særlig avsnitt 37–56).

⁸ Det vises til *Atli Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 80).

bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EU-retten, skal tolkes på samme måte. EØS-avtalen artikkel 6 fastsetter således at EØS-regler som i det alt vesentlige er identiske med tilsvarende EU-regler, skal tolkes i samsvar med avgjørelser EU-domstolen har truffet før undertegningen av EØS-avtalen. Motsetningsvis har EFTA-domstolen gjentatte ganger avvist oppfordringer om å støtte seg, ved analogi eller tolkning, på bestemmelser i EU-retten som ikke er blitt innlemmet i EØS-retten.⁹ Saksøkte anfører at prinsippet om ensartethet følgelig krever at bestemmelsene i direktivet, som er regler felles for EØS og EU, må tolkes på en ensartet måte og i samsvar med dommen i *O. og B.* Rettighetene nevnte dom etablerer på grunnlag av TEUV artikkel 21 nr. 1, kan derimot ikke innarbeides ved analogi når direktivet fortolkes.

38. Saksøkte anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2004/38/EF gir ikke en avledet rettighet til opphold for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger, i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger.

Fyrstedømmet Liechtensteins regjering

39. Liechtenstein er enig med saksøkte i at det forelagte spørsmål allerede er blitt besvart i saken *O. og B.*¹⁰ Følgelig kan ikke direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. direktivet artikkel 7 nr. 2, gi rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger.

40. Liechtenstein gjør gjeldende at dette også understøttes av felleserklæringen fra avtalepartene i forbindelse med beslutning nr. 158/2007. Når det gjelder EU-domstolens tolkning av TEUV artikkel 21 nr. 1 i saken *O. og B.*, legger Liechtenstein til at man bør ta hensyn til at EØS-avtalen ikke inneholder noen bestemmelse som tilsvarer TEUV artikkel 21 nr. 1. Begrepet “unionsborgerskap” har følgelig ingen parallell i EØS-avtalen.¹¹

41. Ifølge Liechtenstein er det opp til den enkelte EØS/EFTA-stat å regulere avledede rettigheter til opphold for tredjelandsborgere i situasjoner som i den foreliggende sak.

42. Liechtenstein anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

⁹ Det vises til sak E-1/01 *Hörður Einarsson*, Sml. 2002 s. 2 (avsnitt 45), og sak E-1/02 *ESA mot Norge*, Sml. 2003 s. 1 (avsnitt 55).

¹⁰ Det vises til *O. og B.*, som omtalt over (særlig avsnitt 36, 37, 39, 49–51 og 56).

¹¹ Det vises til *Ali Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 80).

Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. artikkel 7 nr. 2, gir ikke avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger.

ESA

43. ESA gjør gjeldende at formålet med å innføre en avledet rett til opphold for familiemedlemmer til EØS-borgere er å sikre at retten til fri bevegelighet i EØS er reell og effektiv.¹²

44. ESA erkjenner at de rent hypotetiske utsikter til å utøve retten til fri bevegelighet ikke etablerer en kobling til EØS-retten som er tilstrekkelig til å rettferdiggjøre anvendelsen av EØS-rettens bestemmelser.¹³ Avledede rettigheter til opphold for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere eksisterer i prinsippet følgelig bare der slike rettigheter er nødvendige for å sikre at EØS-borgeren kan effektivt utøve sin rett til fri bevegelighet og fritt opphold.

45. ESA påpeker at partene ser ut til å ha ulike syn på den fremlagte dokumentasjon vedrørende Amohs opphold i Spania og hennes tilknytning til Norge under oppholdet. Ut fra opplysningene som er gitt i anmodningen om rådgivende uttalelse, erkjenner ESA at det synes som om Amoh ikke utøvde sin rett til fri bevegelighet som arbeidstaker. ESA anfører imidlertid at dersom hun var arbeidstaker, noe det tilkommer den anmodende domstol å vurdere, ville saksøker hatt en avledet rett til opphold i vertsstaten etter direktivet artikkel 7, og i hjemstaten etter EØS-avtalen artikkel 28.

46. Dersom det legges til grunn at Amoh ikke var økonomisk aktiv under sitt opphold i Spania, anfører ESA at artikkel 7 nr. 1 bokstav b) bare krever at hun må ha tilstrekkelige midler til ikke å bli en byrde for det spanske sosialhjelpssystem under oppholdet, og at hun må ha en sykeforsikring med full dekning i Spania i det aktuelle tidsrom. Ifølge ESA kan det på dette grunnlag slås fast at rettighetene som er sikret i direktivet artikkel 7 også får anvendelse i situasjoner der EØS-borgeren ikke er økonomisk aktiv.

47. Når det gjelder spørsmålet om direktivet artikkel 7 kan anvendes overfor en EØS-borgers hjemstat, gjør ESA gjeldende at EFTA-domstolen allerede har lagt til grunn at artikkel 7 nr. 1 bokstav b) kan påberopes av EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, og som har utøvd sin rett til fri bevegelighet, mot EØS-staten der de er statsborgere.¹⁴ ESA hevder at det samme prinsipp gjelder i den foreliggende sak. For at en rett til opphold reelt

¹² Det vises til dommen i *Metock*, C-127/08, EU:C:2008:449 (avsnitt 56, 62 og 84), og sak E-4/11 *Arnulf Clauder*, Sml. 2011 s. 216 (avsnitt 49).

¹³ Det vises til dommen i *Friedrich Kremzow mot Republik Österreich*, C-299/95, EU:C:1997:254 (avsnitt 16).

¹⁴ Det vises til *Aili Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 75, 77, 78 og 80).

sett skal være effektiv, må hjemstaten også forbys å hindre utøvelsen av retten. Likeledes kan ikke mulighetene direktivet gir være fullt ut effektive om en borger av en EØS-stat kan bli forhindret fra å benytte seg av dem, fordi han eller hun ved retur til hjemlandet møtes med hindringer i form av lovgivning som straffer ham eller henne for å ha benyttet seg av disse muligheter.¹⁵

48. ESA argumenterer med andre ord for et resultat som sikrer ensartethet, til tross for det faktum at unionsborgerskap ikke eksisterer etter EØS-avtalen. Den fri bevegelighet for EØS/EFTA-borgere bør ha samme omfang som for EU-borgere. ESA legger til at fraværet av et borgerskapsbegrep i EØS-avtalen innebærer at direktivet bør gis en viktigere rolle i EØS-sammenheng. Dets virkeområde må derfor gjøres bredere, basert på effektivitetsprinsippet.¹⁶

49. ESA anfører at avledede rettigheter til opphold for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av norske borgere som returnerer til Norge, må vurderes etter EØS-retten ut fra det premiss at ikke økonomisk aktive borgere kan påberope seg direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b) mot sin egen EØS-stat, og at økonomisk aktive EØS-borgere avleder sine tilsvarende rettigheter fra EØS-avtalen artiklene 28, 31 og 36. Rettighetenes materielle innhold bør være det samme i begge tilfeller. ESA konkluderer med at saksøker dermed bør kunne påberope seg direktivet artikkel 7 nr. 2.

50. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. artikkel 7 nr. 2, gir avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger.

Kommisjonen

51. Kommisjonen gjør gjeldende at selv om det forelagte spørsmål bare nevner en tolkning av direktivet, bør det utvides til også å omfatte spørsmålet om EØS-avtalen, i tilfelle der tredjelandsborgeren som er gift med en EØS-borger har ervervet en avledet rett til opphold i en annen EØS-stat på grunnlag av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b), jf. artikkel 7 nr. 2, også gir en slik avledet rett til opphold for vedkommende familiemedlem når han ledsager EØS-borgeren som bosetter seg i EØS-staten hun er borger av.

¹⁵ Det vises til dommene i *Pusa*, C-224/02, EU:C:2004:273 (avsnitt 18), og *D'Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432 (avsnitt 30 og 31).

¹⁶ Med hensyn til effektivitetsprinsippet vises det til sak E-17/15 *Ferskar kjötvörur*, dom 1. februar 2016, ennå ikke i Sml. (avsnitt 66), *Clauder*, som omtalt over (avsnitt 34 og 46), og sak E-15/12 *Jan Anfinn Wahl*, Sml. 2013 s. 534 (avsnitt 54).

52. Kommisjonen erkjenner at EU-domstolen i *O. og B.* la til grunn for det første at direktivet ikke hadde til formål å regulere en unionsborgers rettigheter til innreise og opphold i en medlemsstat hvor vedkommende er borger, og for det andre at de rettigheter som måtte kunne gjøres gjeldende overfor denne medlemsstat av en slik unionsborger, eller av et familiemedlem av vedkommende i form av avledede rettigheter, eventuelt vil måtte være avledet fra TEUV artikkel 21 nr. 1.¹⁷

53. Kommisjonen oppgir tre grunner til at resultatet i saken *O. og B.* ikke får anvendelse i den foreliggende sak. For det første tar konklusjonen i nevnte sak, som angivelig er basert på *McCarthy I*, ikke hensyn til det faktum at sistnevnte sak gjaldt en rent intern situasjon.¹⁸ For det andre må EU-domstolens slutning i *O. og B.* vedrørende anvendelsen av direktivet leses i sammenheng med EU-domstolens konklusjon om muligheten for å anvende direktivet ved analogi.¹⁹ For det tredje kan dommen i *O. og B.*, til tross for at den er av nyere dato, ikke anses for å være det siste ord om spørsmålet. Nærmere bestemt har EU-domstolen nylig, i *McCarthy II*, signalisert – riktignok med en noe overfladisk begrunnelse – at direktivet faktisk kan få anvendelse på situasjoner som i den foreliggende sak.²⁰ Kommisjonen gjør gjeldende at EFTA-domstolen bør følge samme metode i den foreliggende sak, og legger til at et slikt resultat vil være i samsvar med EFTA-domstolens begrunnelse i *Atli Gunnarsson*.²¹

54. Dersom EFTA-domstolen ikke skulle være enig i de foregående argumenter, hevder Kommisjonen at henvisningen til en rettighet etter TEUV artikkel 21 nr. 1 i *O. og B.* må ses i sammenheng med den rettspraksis man der baserte seg på, og særlig sakene *Singh* og *Eind*.²² Henvisningen til TEUV artikkel 21 i *O. og B.* betyr dermed ikke at prinsippene som ble fastsatt i *Singh* og *Eind*, som er basert på fri bevegelighet snarere enn på borgerskap, ikke lenger får anvendelse. Ifølge Kommisjonen får denne rettspraksis, som gjaldt omstendigheter som forelå før direktivet trådte i kraft, fremdeles anvendelse ved fortolkning av EØS-retten i situasjoner der en EØS-borger tidligere har utøvd sin rett til fri bevegelighet som arbeidstaker. I den foreliggende sak er spørsmålet imidlertid basert på det premiss at EØS-borgeren hadde ervervet en rett til opphold i Spania som ikke økonomisk aktiv person. Slike situasjoner er ifølge Kommisjonen blitt behandlet av EFTA-

¹⁷ Det vises til *O. og B.*, som omtalt over (avsnitt 42–44).

¹⁸ Det vises til dommen i *McCarthy I*, C-434/09, EU:C:2011:277 (avsnitt 27–29).

¹⁹ Det vises til *O. og B.*, som omtalt over (avsnitt 61).

²⁰ Det vises til dommen i *McCarthy II*, C-202/13, EU:C:2014:2450 (avsnitt 31–38), og uttalelse fra generaladvokat Szpunar i samme sak, EU:C:2014:345 (avsnitt 88).

²¹ Det vises til *Atli Gunnarsson*, som omtalt over.

²² Det vises til dommene i *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, og *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771.

domstolen i *Atli Gunnarsson*, og EFTA-domstolens logikk i nevnte sak kan derfor følges i den foreliggende sak.²³

55. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

I situasjoner der en EØS-borger har ervervet en rett til opphold i en annen EØS-stat på grunnlag av direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) (og familiemedlemmer har ervervet en slik rett der på grunnlag av artikkel 7 nr. 2 i samme direktiv), krever EØS-avtalen at de samme rettigheter til opphold gis til nevnte familiemedlemmer når de kommer sammen med eller slutter seg til EØS-borgeren i EØS-staten hvor vedkommende er statsborger.

Páll Hreinsson
Saksforberedende
dommer

²³ Det vises til *Atli Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 71–83).