



E-6/23-15

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-6/23

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i straffesak mot

MH

om tolkningen av 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.

I Innledning

1. Ved brev 22. juni 2023, registrert ved Domstolen samme dag, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som den har til behandling mellom MH og påtalemyndigheten.
2. Saken for Høyesterett gjelder spørsmålet om MH, den ankende part i hovedsaken, som er tredjelandsborger, kan straffes for brudd på innreiseforbud til Norge, eller om MH har slike avledede rettigheter som ektefelle til en EØS-borger at han ikke kan straffes for brudd på innreiseforbudet. MH ble funnet skyldig for overtredelsen og dømt til ett års fengsel både i Søndre Østfold tingrett og i Borgarting lagmannsrett.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. 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) («direktivet») ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17), og er vist til i EØS-avtalen vedlegg V nr. 1 og 2 (Fri bevegelse for arbeidstakere) og vedlegg VIII nr. 3 (Etableringsrett). Forfatningsrettslige krav angitt av Island, Liechtenstein og Norge ble oppfylt 9. januar 2009, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

4. Sammen med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 vedtok avtalepartene en felleserklæring om innlemmelse av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF i avtalen, som 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.

5. Artikkel 1 nr. 1 tredje ledd i EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 lyder:

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.

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».

d) I artikkel 24 nr. 1 skal betegnelsen «traktaten» forstås som «avtalen» og uttrykket «sekundærlovgivning» skal forstås som «sekundærlovgivning som er innlemmet i avtalen».

6. Direktivet artikkel 5 lyder:

1. Uten at det berører de bestemmelser om reisedokumenter som gjelder ved nasjonale grensekontroller, skal medlemsstatene tillate unionsborgere å reise inn på deres territorium med gyldig identitetskort eller pass, og tillate familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, å reise inn på deres territorium med gyldig pass.

Unionsborgere kan ikke pålegges å ha innreisevisum eller en lignende formalitet.

2. Familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, skal pålegges å ha innreisevisum bare i samsvar med forordning (EF) nr. 539/2001, eller eventuelt i samsvar med nasjonal lovgivning. I henhold til dette direktiv skal besittelse av gyldig oppholdskort i samsvar med artikkel 10 unnta disse familiemedlemmene fra visumkravet.

Medlemsstatene skal gi disse personene all den hjelp de trenger for å få de nødvendige visa. Visaene skal utstedes kostnadsfritt så snart som mulig på grunnlag av en framskyndet framgangsmåte.

3. Vertsstaten skal ikke sette innreise- eller utreisestempel i passet til familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, forutsatt at de viser oppholdskortet nevnt i artikkel 10.

4. Dersom en unionsborger eller et familiemedlem som ikke er borger i en medlemsstat, ikke har de nødvendige reisedokumentene, eller eventuelt de nødvendige visa, skal den berørte medlemsstat, før det blir besluttet å bortvise dem, gi slike personer all rimelig mulighet til å skaffe seg eller få tilsendt de nødvendige dokumentene innen rimelig tid, eller få bekreftet eller på annen måte godtgjort at de omfattes av retten til fri bevegelse og fritt opphold.

5. Medlemsstaten kan kreve at den berørte person melder sin tilstedeværelse på dens territorium innen en rimelig frist som ikke innebærer forskjellsbehandling. Dersom dette kravet ikke oppfylles, kan den berørte person ilegges sanksjoner som står i forhold til overtredelsen og ikke innebærer forskjellsbehandling.

7. Direktivet artikkel 6 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.

8. Direktivet artikkel 27 lyder:

1. Med forbehold for bestemmelsene i dette kapittel kan medlemsstatene begrense unionsborgeres og deres familiemedlemmers frie bevegelighet og opphold, uavhengig av statsborgerskap, av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Disse hensyn må ikke gjøres gjeldende for økonomiske formål.

2. Tiltak av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet skal være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet og utelukkende være begrunnet i vedkommende enkeltpersons personlige atferd. Tidligere straffedommer alene skal ikke gi grunnlag for anvendelse av slike tiltak.

Den berørte persons personlige atferd må utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Begrunnelser som ikke berører den enkelte sak, eller som bygger på hensynet til allmenn forebygging, skal ikke godtas.

3. For å fastslå om den berørte person utgjør en risiko for den offentlige orden eller sikkerhet, kan vertsstaten, dersom den anser det som absolutt nødvendig, ved utstedelsen av registreringsbeviset eller, dersom det ikke finnes noen registreringsordning, senest tre måneder etter innreisen på dens territorium, eller fra datoen da personen meldte sin tilstedeværelse på territoriet som fastsatt i artikkel 5 nr. 5, eller ved utstedelsen av oppholdskort, anmode hjemstaten og ved behov andre medlemsstater om opplysninger om vedkommende eventuelt tidligere er oppført i strafferegisteret. Slike anmodninger skal ikke gjøres rutinemessig. Medlemsstaten som får anmodningen, skal svare innen to måneder.

4. Medlemsstaten som utstedte passet eller identitetskortet, skal uten formaliteter ta imot innehaveren på sitt territorium dersom vedkommende av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse er blitt utvist fra en annen medlemsstat, selv om dokumentet ikke lenger er gyldig eller det er strid om innehaverens statsborgerskap.

9. Direktivet artikkel 32 lyder:

1. Personer som av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet er blitt nektet innreise, kan søke om å få opphevet innreiseforbudet etter et rimelig tidsrom avhengig av omstendighetene, men i alle tilfeller etter tre år fra og med gjennomføringen av det endelige innreiseforbudet, som ble lovlig vedtatt i samsvar med fellesskapsretten, ved å påberope seg enhver vesentlig endring i de forhold som lå til grunn for vedtaket om innreiseforbud.

Den berørte medlemsstat skal ta stilling til søknaden senest seks måneder etter at den ble inngitt.

2. Personene nevnt i nr. 1 skal ikke ha rett til innreise på den berørte medlemsstats territorium mens søknaden behandles.

10. Direktivet artikkel 36 lyder:

Medlemsstatene skal fastsette bestemmelser om sanksjoner for overtredelser av nasjonale bestemmelser som vedtas for gjennomføringen av dette direktiv, og skal treffe de tiltak som er nødvendige for å anvende dem. De fastsatte sanksjonene skal være virkningsfulle og stå i forhold til overtredelsen. Medlemsstatene skal underrette Kommisjonen om bestemmelsene innen 30. april 2006 og så snart som mulig ved eventuelle senere endringer.

Nasjonal rett og praksis

11. Innvandring til Norge reguleres av lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven»).

12. Utlendingsloven § 70 lyder i utdrag:

En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

[...]

13. Utlendingsloven § 108 tredje ledd lyder:

Med bot eller fengsel inntil to år straffes den som:

e. forsettlig eller uaktsomt overtrer innreiseforbudet i § 71 annet ledd eller § 124 første ledd. Dersom utlendingen ikke har lovlig opphold i et Schengenland, straffes overtredelsen bare med bot, med mindre vedkommende er utvist på grunn av straff, utreise fra Schengenområdet har funnet sted eller returprosedyrer er anvendt uten at slik utreise har funnet sted.

14. Utlendingsloven § 110 lyder i utdrag:

Borgere av land som omfattes av EØS-avtalen, heretter omtalt som EØS-borgere, omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet. [...]

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

Med familiemedlem menes

a. ektefelle [...]

15. Utlendingsloven § 111 lyder i utdrag:

En EØS-borger som har gyldig identitetskort eller pass, har oppholdsrett i inntil tre måneder, forutsatt at vedkommende ikke blir en urimelig byrde for offentlige velferdsordninger.

Første ledd gjelder tilsvarende for et familiemedlem som ikke er EØS-borger, så lenge familiemedlemmet følger eller gjenforenes med EØS-borgeren og har gyldig pass.

16. Utlendingsloven § 122 lyder i utdrag:

EØS-borgere og deres familiemedlemmer [...] kan utvises når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår for utvisning at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.

[...]

Utvisning etter bestemmelsene i denne paragrafen besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket, vil utgjøre et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller familiemedlemmene. Ved vurderingen av om utvisning utgjør et uforholdsmessig tiltak, skal det blant annet legges vekt på varigheten av vedkommendes opphold i riket, alder, helsetilstand, familiesituasjon, økonomisk situasjon, sosial og kulturell integrering i riket og tilknytning til hjemlandet. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

[...]

17. Utlendingsloven § 124 lyder i utdrag:

Utvisning er til hinder for senere innreise. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn to år. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på forhold som nevnt i § 122 første ledd.

Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist, etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før ett år er gått fra utreisen.

18. Nærmere regler om rett til innreise og opphold finnes i forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

19. Retningslinjene fra Utlendingsdirektoratet, Opphevelse av innreiseforbud eller adgang til Norge for kortvarig besøk, 5. juli 2010, sist endret 28. november 2019 (RUDI-2010-69), punkt 7.4, lyder:

I henhold til unionsborgerdirektivet artikkel 32 skal en EØS-borger i ettertid kunne søke om å få opphevet innreiseforbudet ved å påberope seg endringer i de forhold som så til grunn for vedtaket om utvisning.

Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger nye omstendigheter som tilsier at innreiseforbudet skal oppheves, må det for EØS-borgere foretas en vurdering av om utvisning fortsatt er nødvendig av hensynet til offentlig orden eller sikkerhet. For nærmere veiledning til denne vurderingen vises det til UDI 2010-022. Dersom hensynet til offentlig orden eller sikkerhet ikke lenger nødvendiggjør utvisning skal innreiseforbudet oppheves.

20. Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv 18. mars 2016 (GI-2016-5) punkt 2.2 lyder:

Når Utlendingsdirektoratet i forbindelse med anmodning om sletting av SIS-innmelding blir kjent med at en utlending er gitt opphold i annet medlemsland etter EØS-regelverket, skal UDI av eget initiativ vurdere om utvisningen til Norge [sic] kan opprettholdes av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, jf. utlendingsloven § 122 første ledd eller om innreiseforbudet må oppheves.

III Faktum og saksgang

21. MH er iransk statsborger og kom til Norge som asylsøker i 2008. Han fikk endelig avslag på sin asylsøknad i Utlendingsnemnda (UNE) ved vedtak 4. april 2011, der det ble satt frist til 28. februar 2012 for utreise fra Norge og Schengen-området.

22. MH forlot ikke Norge innen utløpet av denne fristen. Utlendingsdirektoratet (UDI) fattet vedtak 19. mai 2016 om utvisning og innreiseforbud til Norge i fem år, begrunnet i at MH ikke hadde overholdt utreisefristen.

23. Ved Hålogaland lagmannsretts dom 23. februar 2017 ble MH idømt ni måneder fengselsstraff for oppbevaring og transport av hasj og marihuana, samt falsk forklaring og bruk av falske identifikasjonspapirer under politikontroll. Midtre Hålogaland politidistrikt utferdiget 21. april 2017 forhåndsvarsel om utvisning under henvisning til domfellelsen.

24. Den 22. juni 2018 fattet Utlendingsdirektoratet vedtak om utvisning av MH fra Norge med varig innreiseforbud til Norge og innmelding i Schengen Information System (SIS), med henvisning til straffedommen. Siden det ikke ble satt noen utreisefrist, pliktet MH å forlate Norge og Schengen-området umiddelbart.

25. Etter at MH 27. november 2018 ble verifisert som iransk statsborger av iranske myndigheter, ble MH pågrepet av norsk politi 6. februar 2019 og internert i medhold av utlendingsloven for å effektivere utvisningsvedtakene og gjennomføre uttransport til Iran. MH ble uttransportert til Iran 11. mars 2019.

26. I 2020 fikk MH innvilget oppholdstillatelse med flyktningstatus i Hellas og tildelt greske identifikasjonspapirer. Ifølge anmodningen reiste MH deretter til Sverige, hvor han bosatte seg med sin ektefelle og hennes datter født i 2006, som begge er norske statsborgere. MH og hans ektefelle giftet seg i 2019. Ekteskapet ble registrert i det svenske folkeregisteret i 2021. Ektefellen meldte flytting fra Norge til Sverige i november 2021, hvor hun fortsatt er bosatt sammen med MH. MH har arbeid i Sverige. MH og ektefellen har en datter sammen, som ble født i Norge i mars 2022.

27. Den 24. mai 2022 ble MH pågrepet av norsk politi i Moss, sør for Oslo. Han ble opprinnelig pågrepet for kjøring i ruspåvirket tilstand. Med i bilen var ektefellen og to barn, deriblant deres felles datter.

28. Ved Øst politidistrikts tiltalebeslutning 31. mai 2022 ble MH satt under tiltale for overtredelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 andre ledd, for å ha oppholdt seg i riket til tross for at han var utvist fra Norge med varig innreiseforbud.
29. Ved dom i Søndre Østfold tingrett 6. juli 2022 ble MH funnet skyldig i overtredelse av de nevnte reglene i utlendingsloven og idømt fengsel i ett år. MH anket dommen.
30. I dom 7. februar 2023 kom Borgarting lagmannsrett til samme resultat som tingretten. MH har anket denne dommen til Høyesterett.
31. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 21. april 2023 å tillate anken fremmet.
32. På denne bakgrunn har Norges Høyesterett besluttet å forelegge følgende spørsmål for EFTA-domstolen:

1. Skal Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2 tolkes slik at en tredjelandsborger, som er gift med en EØS-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelse ved å flytte sammen med tredjelandsborgeren til en annen EØS-stat enn den EØS-staten ektefellen er borger av, har rett til innreise til og opphold i ektefellens hjemstat i inntil 3 måneder, også der tredjelandsborgeren i tiden før ekteskapet ble inngått var varig utvist fra ektefellens hjemstat i samsvar med nasjonale regler som gjelder for tredjelandsborgere?

2. Hvis spørsmål 1 besvares bekræftende: Får Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 32, eventuelt ved analogi, anvendelse i en situasjon som beskrevet i spørsmål 1, med den følge at de nasjonale myndighetene i innreisestaten kan kreve at tredjelandsborgeren søker om å få innreiseforbudet opphevet før vedkommende reiser inn i den staten?

3. Begrenser, og i tilfelle på hvilken måte, Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 36 eller EØS-rettslige forpliktelser for øvrig EØS-statenes adgang til å straffe brudd på nasjonale vedtak om innreiseforbud i en situasjon som beskrevet i spørsmål 1?

IV Skriftlige innlegg

33. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:
- MH, representert ved advokat Maral Houshmand,
 - påtalemyndigheten, representert ved statsadvokatene Mads Fredrik Baardseth og Thomas Frøberg,

- den norske stat, representert ved Helge Røstum og Marie Munthe-Kaas, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved Melpo-Menie Joséphidès, Kyrre Isaksen og Erlend Møinichen Leonhardsen, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommissjonen»), representert ved Elisabetta Montaguti og Jonathan Tomkin, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

MH

34. MH anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2 må forstås slik at en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelse ved å flytte sammen med tredjelandsborgeren til en annen EØS-stat enn den EØS-stat ektefellen er borger av, har rett til innreise til og opphold i ektefellens hjemstat i inntil tre måneder, også der tredjelandsborgeren i tiden før ekteskapet ble inngått, var varig utvist fra ektefellens hjemstat i samsvar med nasjonale regler som gjelder for tredjelandsborgere.

Spørsmål 2:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 32 får ikke anvendelse, heller ikke ved analogi, i en situasjon som beskrevet i svaret på det første spørsmålet.

Spørsmål 3:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 36 og EØS-rettslige forpliktelser for øvrig begrenser EØS-statenes adgang til å straffe brudd på nasjonale vedtak om innreiseforbud i en situasjon som beskrevet i svaret på spørsmål 1.

Påtalemyndigheten

35. Påtalemyndigheten anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Direktiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og artikkel 6 nr. 2 gir ikke en person rett til innreise og opphold i en EØS-stat som vedkommende tidligere er nektet innreise til som tredjelandsborger etter at han eller hun senere blir familiemedlem til en EØS-borger.

Spørsmål 2:

Direktiv 2004/38/EF artikkel 32 nr. 2 må få analogisk anvendelse i situasjoner som i den foreliggende sak, slik at Norge legitimt og i samsvar med direktivet kan kreve at tredjelandsborgerens familiemedlem må søke om å få innreiseforbudet opphevet før vedkommende reiser inn i den aktuelle stat.

Spørsmål 3:

Direktiv 2004/38/EF artikkel 36 gir EØS-statene rett til å straffe brudd på innreiseforbud, blant annet gjennom strafferettslig oppfølging, så lenge sanksjonen overholder forholdsmessighetsprinsippet.

Den norske stat

36. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2 får ikke anvendelse i en situasjon der en tredjelandsborger som er utvist fra og nektet innreise til en EØS-stat i samsvar med nasjonale regler for tredjelandsborgere, senere har etablert familieliv etter direktivet med en EØS-borger fra denne stat i en annen EØS-stat, og deretter returnerer med denne EØS-borgeren til dennes hjemstat.

Spørsmål 2:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 32 får analogisk anvendelse i en situasjon som beskrevet i spørsmål 1, med den følge at de nasjonale myndigheter i innreisestaten kan kreve at tredjelandsborgeren må søke om å få innreiseforbudet opphevet før vedkommende reiser inn i den

aktuelle stat. Vurderingen av om innreiseforbudet skal oppheves, må følge reglene i direktivet.

Spørsmål 3:

Artikkel 36 er ikke til hinder for at en EØS-stat kan ilegge sanksjoner for brudd på vedtak om innreiseforbud som er fattet etter nasjonale regler om utvisning og innreiseforbud for tredjelandsborgere.

Artikkel 36 er ikke til hinder for at en EØS-stat kan ilegge sanksjoner som fengsel for brudd på vedtak om innreiseforbud som er fattet etter nasjonale regler om utvisning og innreiseforbud for tredjelandsborgere, der dette anses som nødvendig for at sanksjonen skal være effektiv og forholdsmessig.

ESA

37. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Tredjelandsborgere, som MH, har fra det øyeblikk de blir familiemedlem til en EØS-borger, rett til innreise og opphold i denne stat etter direktivet artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2. Ethvert utvisningsvedtak og innreiseforbud overfor en slik person må være forenlig med direktivet. I den foreliggende sak har det formodningen sterkt imot seg at det foreligger forenlighet, gitt at vedtaket ble fattet for 6 år siden, og basert på det generelle rettslige grunnlag som gjelder for tredjelandsborgere, som åpner for utvisning og innreiseforbud basert på et bredt spekter av straffbare forhold.

Spørsmål 2:

Artikkel 32 får ikke anvendelse, verken direkte eller ved analogi, i en situasjon som i den foreliggende sak. Videre gjør ESA gjeldende at de nasjonale myndigheter har plikt til å vurdere av eget tiltak om et utvisningsvedtak, herunder et innreiseforbud, som er vedtatt før en person oppnår rettigheter etter direktivet, er forenlig med direktivet.

Spørsmål 3:

EØS-retten er ikke til hinder for at EØS-statene kan straffe brudd på nasjonale vedtak om innreiseforbud så lenge innreiseforbudene på sanksjonstidspunktet er i samsvar med direktivet og sanksjonene er forenelige med EØS-rettens generelle prinsipper, særlig forholdsmessighetsprinsippet.

Kommisjonen

38. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

Spørsmål 1:

Direktiv 2004/38/EF er til hinder for lovgivning i en EØS-stat som fastsetter at en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet ved å flytte sammen med tredjelandsborgeren til en annen EØS-stat enn den EØS-stat ektefellen er borger av, kan nektes innreise til territoriet til ektefellens hjemstat av den ene grunn at den berørte tredjelandsborger før ekteskapet ble inngått, var varig utvist fra ektefellens hjemstat i samsvar med nasjonale regler som gjelder for tredjelandsborgere, uten forutgående kontroll av at de relevante materielle og prosessuelle krav i nevnte direktiv kapittel VI er oppfylt.

Spørsmål 2 og 3:

Artiklene 32 og 36 i direktivet får ikke anvendelse i en situasjon som den hovedsaken gjelder.

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer