DOMSTOLENS DOM

13. Mai 2020

(Retten til fri bevegelighet for arbeidstakere – Direktiv 2004/38/EF – Oppholdsrett – Avledede rettigheter for tredjelandsborgere)

I sak E-4/19,

ANMODNING til Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

Campbell

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE)

om tolkningen av 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 (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, særlig artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president, Per Christiansen og Bernd Hammermann (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Campbell, representert ved advokat Anne-Marie Berg,

- den norske stat, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentant,

– EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved Ewa Gromnicka, Erlend Møinichen Leonhardsen og Carsten Zatschler, medlemmer av ESAs juridiske avdeling, som partsrepresentanter, og

– Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Albine Azema og Michael Wilderspin, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Campell, representert ved Anne-Marie Berg, fra den norske stat, representert ved advokat Ketil Bøe Moen, som partsrepresentant, ESA, representert ved Ewa Gromnicka og Erlend Møinichen Leonhardsen, og Kommisjonen, representert ved Albine Azema og Michael Wilderspin, i rettsmøte 26. november 2019,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

1 Artikkel 28 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») lyder:

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

2. Den frie bevegelighet 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 bevegelighet 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.

[…]

2 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, («direktivet») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17) («beslutning nr. 158/2007»), som tilpasset det og la det til i vedlegg VIII nr. 3 og vedlegg V nr. 1 og 2. Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge, og ble oppfylt 1. september 2008. Beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

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

I avtalens vedlegg VII gjøres følgende endringer:

1) Ny tekst i nr. 3 (rådsdirektiv 73/148/EØF) skal lyde:

«[...]

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».»

[...]

4 Sammen med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 vedtok avtalepartene en felleserklæring om innlemming av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF i avtalen («felleserklæringen»). Denne 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 bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelighet for EØS-statsborgere. EFTA-statene anerkjenner at det er av betydning for EØS-statsborgere som utøver sin rett til fri bevegelighet 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 Betraktning 5, 6, 7 og 10 i direktivet lyder:

5) 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.

6) For å bevare familiens enhet i videre betydning, og med forbehold for forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, bør situasjonen for personer som ikke omfattes av definisjonen av familiemedlemmer i henhold til dette direktiv, og som derfor ikke automatisk har rett til innreise og opphold i vertsstaten, behandles av vertsstaten på grunnlag av dens nasjonale lovgivning slik at den kan beslutte om de kan få tillatelse til innreise og opphold, samtidig som det tas hensyn til deres tilknytning til unionsborgeren eller andre omstendigheter, f.eks. deres økonomiske eller fysiske avhengighet av unionsborgeren.

7) Formalitetene i forbindelse med unionsborgeres frie bevegelighet på medlemsstatenes territorium, bør defineres nøye, uten at det berører bestemmelsene som gjelder nasjonale grensekontroller.

10) Personer som utøver sin oppholdsrett, bør imidlertid ikke bli en urimelig byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem i den første oppholdstiden. Unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til opphold i over tre måneder bør derfor være underlagt vilkår.

6 I direktivet artikkel 2, som har overskriften «Definisjoner», lyder nr. 2:

I dette direktiv menes med:

[…]

2. «familiemedlem»

a) ektefelle,

b) den partner som unionsborgeren har inngått registrert partnerskap med på grunnlag av lovgivningen i en medlemsstat, dersom registrert partnerskap i henhold til vertsstatens lovgivning er sidestilt med ekteskap, og i samsvar med vilkårene fastsatt i vertsstatens relevante lovgivning,

c) slektninger i rett nedstigende linje som er under 21 år eller forsørges av unionsborgeren, og tilsvarende for ektefellen eller partneren som definert i bokstav b),

d) slektninger i rett oppstigende linje som forsørges av unionsborgeren, og tilsvarende for ektefellen eller partneren som definert i bokstav b),

7 Direktivet artikkel 3, med overskriften «Berettigede personer», lyder:

1. Dette direktiv får anvendelse på alle statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene 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 dem.

2. Med forbehold for de berørte personers personlige rett til fri bevegelighet og fritt opphold skal vertsstaten i samsvar med sin nasjonale lovgivning lette innreise og opphold for følgende personer:

a) alle andre familiemedlemmer, uavhengig av statsborgerskap, som ikke omfattes av definisjonen i artikkel 2 nr. 2, dersom de i staten de kommer fra forsørges av eller tilhører husstanden til den statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som har primær oppholdsrett, eller dersom det av alvorlige helsemessige grunner er absolutt nødvendig at statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene personlig pleier familiemedlemmet,

b) den partner som statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene har et dokumentert varig forhold til.

Vertsstaten skal foreta en grundig undersøkelse av de personlige omstendighetene og begrunne enhver beslutning om å nekte disse personene innreise eller opphold.

8 Direktivet artikkel 6 og 7 inngår i direktivet kapittel III, under overskriften «Oppholdsrett».

9 Direktivet artikkel 6, som har overskriften «Oppholdsrett i inntil tre måneder», lyder etter tilpasningen:

1. Statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene 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 statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene.

10 Direktivet artikkel 7, som har overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder etter tilpasningen:

1. Alle statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene 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 yrkesopprettet 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 statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene 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 statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene i vertsstaten, forutsatt at statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene oppfyller vilkårene nevnt i nr. 1 bokstav a), b) eller c).

3. Ved anvendelsen av nr. 1 bokstav a) skal en statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som ikke lenger er lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende, beholde sin status som lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende i følgende tilfelle:

a) dersom vedkommende er midlertidig arbeidsudyktig som følge av sykdom eller ulykke,

b) dersom det er behørig fastslått at vedkommende er ufrivillig arbeidsløs etter mer enn ett år som lønnstaker og har registrert seg som arbeidssøkende ved den relevante arbeidsformidlingen,

c) dersom det er behørig fastslått at vedkommende er ufrivillig arbeidsløs etter utløpet av en tidsbegrenset arbeidsavtale på under ett år, eller etter å ha blitt ufrivillig arbeidsløs i løpet av de første tolv månedene, og har registrert seg som arbeidssøkende ved den

relevante arbeidsformidlingen. I så fall skal status som arbeidstaker beholdes i minst seks måneder,

d) dersom vedkommende begynner med yrkesrettet opplæring. Med mindre vedkommende ufrivillig er blitt arbeidsløs, skal status som arbeidstaker beholdes bare dersom den yrkesrettede opplæringen har en tilknytning til det tidligere arbeidet.

4. Som unntak fra nr. 1 bokstav d) og nr. 2 skal bare ektefellen, den registrerte partneren som fastsatt i artikkel 2 nr. 2 bokstav b) samt forsørgede barn ha oppholdsrett som familiemedlemmer av en statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som oppfyller vilkårene i nr. 1 bokstav c). Artikkel 3 nr. 2 får anvendelse på vedkommendes slektninger i rett oppstigende linje, og tilsvarende for vedkommendes ektefelle eller registrerte partner.

11 Direktivet artikkel 35, som har overskriften «Misbruk av rettigheter», lyder:

Medlemsstatene kan treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til dette direktiv ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap. Slike tiltak skal stå i forhold til og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i artikkel 30 og 31.

Nasjonal rett og praksis

12 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven»), kapittel 2 om visum, kontroll med inn- og utreise og bortvisning mv., § 17 første ledd lyder:

En utlending kan bortvises:

d) når utlendingen mangler nødvendig tillatelse etter loven,

13 Utlendingsloven kapittel 13 om særlige regler for utlendinger som omfattes av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) og Konvensjon om opprettelse av Det Europeiske Frihandelsforbund (EFTA-konvensjonen), § 110 annet ledd lyder:

[…]

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-land eller EFTA-land.

14 Utlendingsloven kapittel 13, § 112 lyder:

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

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

d) er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon. Det er et vilkår at formålet med oppholdet hovedsakelig er utdanning, herunder yrkesrettet utdanning, at vedkommende er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, og avgir en erklæring om at vedkommende har tilstrekkelige midler til å dekke underhold for seg selv og eventuelle familiemedlemmer.

15 Utlendingsloven kapittel 13, § 113 første og annet ledd lyder:

En EØS-borger som er familiemedlem og følger eller gjenforenes med en EØS-borger som har oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b, eller c, har rett til å oppholde seg i riktet så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

En EØS-borger som er ektefelle, samboer eller forsørget barn under 21 år og som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d, har rett til å oppholde seg i riktet så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

16 Utlendingsloven kapittel 13, § 114 første ledd lyder:

Bestemmelsen i § 113 første og annet ledd gjelder tilsvarende for utlendinger som ikke er EØS-borgere, dersom de er familiemedlemmer til en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller dersom de er ektefeller, samboere eller forsørget barn under 21 år som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d.

17 Etter den relevante instruks fra Arbeids- og sosialdepartementet til innvandringsmyndighetene, rundskriv AI-2017 (*Instruks i saker om familiegjenforening etter EØS-regelverket*, «rundskrivet»), vedtatt 31. mai 2017, følger det at for at et familiemedlem som er tredjelandsborger skal få avledet rett til opphold etter EØS-regelverket, må den returnerende norske borger være lønnstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter eller student eller ha bodd i en annen EØS-stat og hatt tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og sin familie.

18 Rundskrivet nr. 3 fastsetter at vurderingen av om oppholdet i vertsstaten har vært faktisk og reelt, må gjøres i hver enkelt sak. Det lister opp forhold som kan være relevante i denne vurdering. Ifølge rundskrivet er listen over slike forhold ikke uttømmende, og det er mulig å fremlegge alle typer dokumentasjon som kan vise at retten til å ferdes og oppholde seg fritt i en annen EØS-stat har blitt benyttet. Rundskrivet fastsetter imidlertid uttrykkelig at et av forholdene som vurderes, er om den norske borger har vært arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter eller student eller har hatt egne midler og oppholdt seg i en annen EØS-stat i minst tre måneder sammenhengende før returen til Norge (det vises til

sak E-28/15 *Jabbi*, Sml. 2016 s. 575, («*Jabbi*»), avsnitt 80). Kortere opphold som helger og ferier oppfyller ikke vilkårene selv om de til sammen utgjør lengre tid (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, («*O og B*»), avsnitt 59).

II Faktum og saksgang

19 Campbell, en canadisk statsborger, har vært gift med Gjengaar, en norsk statsborger, siden juni 2012. Campbells søknad om familiegjenforening for å oppholde seg i Norge med Gjengaar ble avslått ved Utlendingsdirektoratets vedtak 8. oktober 2012. Utlendingsnemnda opprettholdt avslaget 12. desember 2012.

20 Senere i desember 2012 flyttet paret til Sverige, hvor Gjengaar registrerte seg hos de lokale myndigheter og inngikk leiekontrakt for en leilighet i Mörsil, ca. 200 km fra Trondheim. Gjengaar søkte forgjeves arbeid i Sverige frem til 21. februar 2013, en periode på ca. syv uker. Den 21. februar 2013 begynte Gjengaar å arbeide på Hurtigrutens skip i Norge i turnus med tre uker på arbeid og tre uker fri. I friperiodene reiste Gjengaar tilbake til Sverige, men hun oppholdt seg også tidvis i Trondheim og fra tid til annen på ferie i andre land. Gjengaar sluttet i jobben på Hurtigruten 10. september 2013.

21 I januar 2014 meldte Gjengaar formelt flytting tilbake til Norge. Fra mars 2014 begynte Gjengaar igjen å arbeide på Hurtigruten. Borgarting lagmannsrett har lagt til grunn at hun i det vesentlige oppholdt seg i Norge fra slutten av november 2013.

22 Gjengaar har aldri hatt fast stilling på Hurtigruten, men har arbeidet på tidsbegrensede kontrakter, som hun har fullført.

23 Den 5. juni 2014 søkte Campbell om oppholdsrett i Norge som familiemedlem til en EØS-borger. Hun opplyste at hun hadde bodd med Gjengaar i Sverige fra desember 2012 til januar 2014.

24 Utlendingsdirektoratet avslo søknaden 23. september 2014 og traff samtidig vedtak om bortvisning av Campbell fra Norge under henvisning til at hun manglet nødvendig tillatelse etter utlendingsloven § 17 første ledd bokstav d.

25 Utlendingsnemnda opprettholdt vedtaket 23. desember 2016, idet Campbell etter Utlendingsnemndas syn ikke fylte vilkårene for oppholdsrett etter EØS-reglene. Utlendingsnemnda fant det ikke uforholdsmessig i utlendingslovens forstand å bortvise Campbell. Etter begjæring om omgjøring av vedtaket traff Utlendingsnemnda beslutning 19. januar 2017 om ikke å omgjøre sitt tidligere vedtak. Vedtaket ble fastholdt ved beslutning 25. januar 2017, som svar på varsel om stevning.

26 Saken ble brakt inn for Oslo tingrett av Campbell ved stevning 1. februar 2017. Oslo tingrett avsa 18. mai 2017 dom der Utlendingsnemndas vedtak i saken ble kjent ugyldig. Oslo tingrett la til grunn at direktiv 2004/38/EF i utgangspunktet kan gi avledet rett til opphold for tredjelandsborgere etter retur fra en annen EØS-stat i et tilfelle som det dette. Oslo tingrett var også av den oppfatning at direktivets vilkår var oppfylt. Oslo tingrett la til grunn at vilkåret om sammenhengende opphold i vertsstaten i tre måneder eller mer ikke kan være til hinder for at en EØS-borger i perioden gjør «korte reiser til hjemstaten eller andre stater». Oslo tingrett fant videre at oppholdet i Sverige var tilstrekkelig reelt, og at Campbells ektefelle under oppholdet i Sverige oppfylte vilkåret om tilstrekkelige midler etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b.

27 Staten ved Utlendingsnemnda anket dommen. Borgarting lagmannsrett frifant staten i dom 31. oktober 2018. Borgarting lagmannsrett fant det ikke nødvendig å ta stilling til om direktiv 2004/38/EF etter en analogisk anvendelse gir avledet rett til opphold for tredjelandsborger ved retur til Norge i et tilfelle som dette. Etter lagmannsrettens syn var vilkåret om sammenhengende opphold i vertsstaten uansett ikke oppfylt «der arbeidsoppholdene i hjemlandet er av en slik varighet som i vår sak».

28 Campbell anket til Høyesterett over Borgarting lagmannsretts rettsanvendelse. Høyesteretts ankeutvalg tillot anken fremmet i beslutning 25. februar 2019. I beslutning 27. mars 2019 ble forhandlingene begrenset slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om vilkårene om tilstrekkelige midler og sykeforsikring som angitt i direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b.

29 Campbell fremsatte deretter en ny anførsel om avledet rett til opphold som følge av at ektefellen har utøvet fri bevegelighet som arbeidstaker, jf. EØS-avtalen artikkel 28. I beslutning 5. april 2019 tillot ikke Høyesteretts ankeutvalg Campbell påstandsgrunnlag fremmet etter nasjonale prosessregler.

30 Saken ble forhandlet i avdeling i Høyesterett 30. april og 2. mai 2019. Den anmodende domstol i avdeling traff deretter 3. mai 2019 beslutning om at saken skulle overføres til forsterket rett. Samme dag traff saksforberedende dommer beslutning om at spørsmål i saken skulle forelegges for EFTA-domstolen. 27. mai 2019 ble det besluttet at saken skulle behandles i storkammer med elleve dommere.

31 Anmodning var datert 28. juni 2019 og ble registrert ved EFTA-domstolen samme dag.

32 Norges Høyesterett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

> *1. I lys av EU-domstolens nyere praksis hvor utgangspunktet i storkammerdommen 12. mars 2014 i sak C-456/12 O og B om avledet rett til opphold har blitt fastholdt, og på bakgrunn av homogenitetsprinsippet, kommer direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. artikkel 7 nr. 2 ved analogi til*

anvendelse på en situasjon der en EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med sitt familiemedlem?

2. *Hva ligger i kravet til «sammenhengende» opphold etter direktivet, slik dette kommer til uttrykk i EFTA-domstolens dom 26. juli 2016 i sak E-28/15 Jabbi avsnitt 80? Det ville være nyttig om EFTA-domstolen særskilt kommenterte*

   a. *om og i så fall i hvilket omfang det kan foreligge avbrudd i oppholdet, og*

   b. *om årsaken til et eventuelt avbrudd – for eksempel at det skyldes arbeidsforhold – vil kunne ha betydning for vurderingen av om oppholdet er sammenhengende i direktivets forstand.*

3. *Hva ligger i vilkåret om at EØS-borgerens opphold i vertsstaten må ha vært «reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten», slik dette har kommet til uttrykk i blant annet EFTA-domstolens dom 26. juli 2016 i sak E-28/15 Jabbi avsnitt 80, EU-domstolens dom 12. mars 2014 i sak C-456/12 O og B avsnitt 51, jf. 56 og 57 og 5. juni 2018 i sak C-673/16 Coman avsnitt 24 og 26, også holdt opp mot misbrukslæren, jf. direktivets artikkel 35?*

33 Den 6. november 2019 besluttet EFTA-domstolen tiltak for tilrettelegging av rettergangen etter rettergangsordningen artikkel 49 nr. 1 og i samsvar med artikkel 49 nr. 3 bokstav a.

34 Tiltakene for tilrettelegging av rettergangen viste til avsnitt 9 i anmodningen, hvor den anmodende domstol siterte Borgarting lagmannsretts relevante konklusjon med hensyn til sakens faktum, som lyder som følger:

> *«… Gjengaar og ektefellen … Campbell reiste til Sverige et par uker etter at Campbell mottok UNEs vedtak 12. desember 2012 om avslag på familiegjenforening. Gjengaar inngikk leiekontrakt med en bekjent som eide leilighet i tettstedet Mörsil, som ligger ca. 20 mil fra Trondheim. Hun søkte forgjeves arbeid i Sverige, fram til hun den 21. februar 2013 begynte i arbeid som restaurasjonsmedarbeider på [skip tilhørende] Hurtigruten i Norge. Der hadde hun også arbeidet i perioder i flere år tidligere, fra 2007 til 2012. Gjengaar hadde i sitt arbeid turnus med tre uker på arbeid og tre uker fri. I friperiodene reiste hun normalt tilbake til Sverige, men oppholdt seg tidvis også i Trondheim og på ferie i tredjeland. Hun sluttet i jobben på Hurtigruten 10. september 2013, men var i jobb der igjen fra mars 2014, etter at hun permanent var tilbake i Norge. Gjengaar meldte formelt flytting tilbake til Norge i januar 2014, men på grunnlag av bevisførselen legges til grunn at Gjengaar faktisk oppholdt seg i det vesentlige i Norge fra slutten av november 2013 og fram til hun formelt meldte flytting tilbake til Norge. […]»*

35 De som deltok i rettergangen for EFTA-domstolen, ble bedt om å besvare følgende spørsmål skriftlig innen 15. november 2019:

a) I lys av beskrivelsen av de faktiske forhold som omtalt av Norges Høyesterett, vennligst oppgi Deres syn på om situasjonen til en person som Gjengaar faller under virkeområdet for retten til fri bevegelighet for arbeidstakere etter EØS-retten?

b) Dersom etter Deres oppfatning en person som er i samme situasjon som Gjengaar kan anses som en arbeidstaker eller en økonomisk aktiv person, hvordan kan dette påvirke anvendelsen av direktivet artikkel 7 nr. 1?

36 Svar ble mottatt 15. november 2019 fra Campbell, den norske stat, ESA og Kommisjonen.

37 Campbell gjør gjeldende at det i saken for Oslo tingrett ble anført at Gjengaar var å regne som arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28 og dermed utøvde sine rettigheter i medhold av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav a. Som svar på spørsmål a), begrepet «arbeidstaker» bør tolkes i en EU/EØS-rettslig sammenheng. Som jobbsøker i Sverige var Gjengaar de to første måneder å regne som arbeidstaker. At Gjengaar deretter bodde i Sverige og arbeidet i Norge, endret ikke hennes status som arbeidstaker. Videre var Gjengaar å regne som arbeidstaker fra september 2013 til hun vendte tilbake til Norge, selv om hun i denne periode ikke utøvde økonomisk aktivitet. Dermed var hun å regne som arbeidstaker under hele oppholdet i Sverige. Som svar på spørsmål b), må EØS-avtalen artikkel 28 uansett få anvendelse, også om direktivet ikke skulle komme til anvendelse. Direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav a kan anvendes analogisk ved en eventuell retur til hjemlandet.

38 Staten gjør gjeldende at EFTA-domstolens spørsmål reiser forhold som etter omstendighetene i saken faller utenfor EFTA-domstolens oppgaver i samarbeidet med den nasjonale domstol. Uansett ville ikke en vurdering av spørsmålenes materielle innhold gi noen ytterligere argument for at Campbell skulle ha noen rett til opphold. Skulle saken også reise spørsmål om retten til fri bevegelighet for arbeidstakere som EFTA-domstolen skulle anse det hensiktsmessig å kommentere, i strid med hva staten har anført, kan det uansett ikke påstås at den anmodende domstols spørsmål om direktivet er irrelevante. Disse spørsmål må dermed besvares av EFTA-domstolen, uten hensyn til om den skulle komme til at den i tillegg skulle kunne gi veiledning med hensyn til tolkningen av blant annet EØS-avtalen artikkel 28.

39 Som svar på spørsmål a) gjør ESA gjeldende at situasjonen til en person som Gjengaar etter EØS-retten faller inn under virkeområdet for retten til fri bevegelighet for arbeidstakere som fastsatt i EØS-avtalen artikkel 28. Retten til fri bevegelighet for arbeidstakere er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 28, og direktivet artikkel 7 gjennomfører denne bestemmelse. Rettigheter som følger av artikkel 7, vil også følge av EØS-avtalen artikkel 28. Imidlertid fastsetter ikke direktivet artikkel 7 noen uttømmende liste over de situasjoner der EØS-avtalen artikkel 28 gir status som arbeidstaker. Så snart en EØS-borger har status som arbeidstaker, er det ingen andre vilkår som må oppfylles for å få rett til opphold i mer enn tre måneder. I lys av faktum i saken bør Gjengaar anses som økonomisk aktiv, og hennes situasjon bør dermed anses å falle inn under EØS-retten, altså EØS-avtalen

artikkel 28 og direktivet. Som svar på spørsmål b) berører det ikke anvendelsen av direktivet artikkel 7 om Gjengaar kan anses som arbeidstaker eller en økonomisk aktiv person. Det fremgår av de faktiske omstendigheter i saken, slik disse er beskrevet av den anmodende domstol, at det ville være artikkel 7 nr. 1 bokstav a som ville komme til anvendelse. Basert på *O. og B.* og *Jabbi* bør direktivets vilkår anvendes analogisk; dermed må det fortsatt foreligge et reelt opphold i vertsstaten for at bestemmelsen skal komme til anvendelse når Gjengaar returnerer til hjemstaten.

40 Som svar på spørsmål a) gjør Kommisjonen gjeldende at en situasjon der en EØS-borger arbeider i den EØS-stat hun er borger av, men bor i en annen EØS-stat, faller inn under virkeområdet for retten til fri bevegelighet for arbeidstakere. Som svar på spørsmål b), i en sak som denne, der ektefellen som er EØS-borger reiser tilbake fra bostedsstaten til den stat hun er borger av, kan hennes familiemedlemmer påberope seg rettigheter avledet fra direktivet bare hvis familielivet er etablert eller styrket under et reelt opphold i bostedsstaten. Ved en vurdering av om det foreligger reelt opphold, må alle relevante omstendigheter tas i betraktning.

41 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Innledende bemerkninger

42 Den anmodende domstols spørsmål er rettet mot tolkningen av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2.

43 Innledningsvis viser EFTA-domstolen til at etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse. Formålet med ODA artikkel 34 er å etablere et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Dette er ment som et middel for å sikre ensartet tolkning av EØS-retten og gi domstoler i EFTA-statene bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se sak E-23/13 *Hellenic Capital Market Commission*, Sml. 2014 s. 88, avsnitt 30 og 33).

44 Videre følger det av fast rettspraksis at spørsmål fra en nasjonal domstol om tolkningen av EØS-retten, under de faktiske og rettslige omstendigheter som den nevnte domstol har ansvar for å angi, og hvis nøyaktighet EFTA-domstolen ikke skal vurdere, nyter godt av en presumsjon om relevans (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen m.fl.*, Sml. 2014 s. 400, avsnitt 75 og rettspraksis som det vises til der). Selv om det er den anmodende

domstol som skal vurdere faktum og avgjøre en pågående sak etter nasjonal rett, er det fast rettspraksis at EFTA-domstolen kan trekke ut de EØS-rettslige elementer blant de forhold den anmodende domstol har fremlagt som nødvendiggjør tolkning med hensyn til tvistens gjenstand (se forente saker E-26/15 og E-27/15 *Straffesak mot B og B* mot *Finanzmarktaufsicht (FMA)*, Sml. 2016 s. 740, avsnitt 88 og rettspraksis som det vises til der).

45 Selv om den anmodende domstol har begrenset spørsmålet til tolkningen av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b og artikkel 7 nr. 2, faller det på EFTA-domstolen å gi et så fullstendig og nyttig svar som mulig og forhindrer ikke EFTA-domstolen fra å gi den nasjonale domstol alle elementer for tolkning av EØS-retten som kan være til hjelp når den anmodende domstol skal avgjøre saken, enten det er vist til dem i det forelagte spørsmål eller ikke (se sak E-2/12 *HOB-vín ehf.*, Sml. 2012 s. 1092, avsnitt 38).

46 Ut fra omstendighetene i denne sak, finner EFTA-domstolen at er nødvendig for å virkeliggjøre formålet om samarbeid etter ODA artikkel 34, å ta opp EØS-avtalen artikkel 28, siden den gjelder arbeidstakeres rett til fri bevegelighet.

47 Ifølge anmodningen flyttet Gjengaar til Sverige fra Norge i slutten av desember 2012 og søkte arbeid der. Hun arbeidet senere på Hurtigruten fra 21. februar 2013 til 10. september 2013, i turnus med tre uker på arbeid og tre uker fri. Gjengaar fullførte en rekke slike kontrakter før hun flyttet tilbake til Norge i slutten av november 2013.

48 EFTA-domstolen viser til at direktivet regulerer EØS-borgeres rett til å ferdes og oppholde seg fritt på EØS-statenes territorium. Artikkel 7 nr. 1 gir rett til opphold for både økonomiske og ikke-økonomiske formål. Direktivets mål gjør ikke rettighetene som EØS-avtalen allerede etablerte til utøvelse av en økonomisk virksomhet overflødige, herunder retten til fri bevegelighet for arbeidstakere fastsatt i EØS-avtalen artikkel 28. Siden retten til fri bevegelighet for arbeidstakere er et konkret uttrykk for den generelle rett til å ferdes og oppholde seg fritt i EØS-området, mener EFTA-domstolen det er hensiktsmessig først å se på ordningen etablert ved EØS-avtalen artikkel 28 sammenholdt med direktivet artikkel 7 nr. 1 (jf. dommene i *Hendrix*, C-287/05, EU:C:2007:494, avsnitt 61 og rettspraksis som det vises til der, og *S.* mot *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, og *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* mot *G («S. og G.»)*, C-457/12, EU:C:2014:136, avsnitt 45 og rettspraksis som det vises til der).

49 I denne sammenheng må det nevnes at begrepet «arbeidstaker», i den utstrekning det definerer virkeområdet for en grunnleggende frihet i EØS-området, må tolkes vidt (jf. *L.N.*, C-46/12, EU:C:2013:97, avsnitt 39 og rettspraksis som det vises til der). Dets fremste kjennetegn er at en arbeidstaker i et visst tidsrom yter tjenester for og under ledelse av en arbeidsgiver mot godtgjøring. Videre er en person arbeidstaker selv om vedkommende bare arbeider deltid, eller om godtgjøringen som mottas er lavere enn garantert minstelønn i vedkommende stat, forutsatt at den aktuelle virksomhet ikke fremstår som et rent

ubetydelig tillegg (se bl.a. dommene i *Levin* mot *Staatssecretaris van Justitie*, 53/81 EU:C:1982:105, avsnitt 15 til 17, og *Lawrie-Blum* mot *Land Baden-Württemberg*, 66/85, EU:C:1986:284, avsnitt 17).

50 Som nevnt av ESA og Kommisjonen, omfattes enhver EØS-borger, som ved utøvelse av retten til fri bevegelighet søker arbeid eller har vært ansatt i en annen EØS-stat enn bostedsstaten, av virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 28. Dette gjelder også for EØS-borgere som under opphold i en annen EØS-stat finner arbeid i sin opprinnelsesstat (jf. dommene i *S. og G.*, som omtalt over, avsnitt 39, *Ritter-Coulais*, C-152/03, EU:C:2006:123, avsnitt 31 og 32, og *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437, avsnitt 17).

51 Når en EØS-borger utøver sin rett som arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28 og skaper et reelt opphold i en annen EØS-stat som etablerer eller styrker familielivet, må denne rett for å være effektiv innebære at EØS-borgerens familieliv kan fortsette når de vender tilbake til opprinnelsesstaten. Følgelig kan ikke en arbeidstaker hindres i å utøve denne rett ved at arbeidstakerens familiemedlemmer ikke får reise inn i og oppholde seg i EØS-borgerens opprinnelsesstat. Således krever EØS-retten at en arbeidstakers familiemedlemmer gis en avledet rett til opphold i denne stat. Dette gjelder også om familiemedlemmet er tredjelandsborger. Videre foreligger denne avledede rett til opphold ikke bare når EØS-borgeren har utøvd økonomisk virksomhet (se *Jabbi*, avsnitt 77 og 78; jf. bl.a. dommene i *O. og B.*, avsnitt 54, *S. og G.*, som omtalt over, avsnitt 40, *Deha Altiner og Ravn*, C-230/17, EU:C:2018:497, avsnitt 26 og rettspraksis som det vises til der).

52 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om Gjengaar må anses som arbeidstaker etter EØS-retten, basert på de faktiske forhold i saken. Det er også den anmodende domstol som på grunnlag av alle relevante omstendigheter må fastslå om familieliv ble etablert eller styrket gjennom et reelt og sammenhengende opphold i vertsstaten. Ut fra opplysningene i anmodningen synes det imidlertid som om Gjengaar må anses som arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28. Kravene om at oppholdet må være «reelt» og «sammenhengende», vil bli behandlet nedenfor, da de gjelder opphold for både økonomiske og ikke-økonomiske formål (jf. *Coman m.fl.*, C-673/16 EU:C:2018:385, avsnitt 23 til 25). Om den anmodende domstol skulle komme til at tvisten ikke kan løses på grunnlag av Gjengaars status etter EØS-avtalen artikkel 28, vil de følgende slutninger fortsatt gjelde om hennes status kan fastslås på annet grunnlag etter direktivet artikkel 7.

53 En avledet rett til opphold i en EØS-borgers hjemstat for nevnte borgers familiemedlem som er tredjelandsborger, vil foreligge når oppholdet i den andre EØS-stat har vært tilstrekkelig reelt til at vedkommende arbeidstaker har kunnet etablere eller styrke familielivet der.

Spørsmål 1

54 Ved sitt første spørsmål har den anmodende domstol i hovedsak spurt om direktivet og dets artikkel 7 nr. 1 bokstav b, sammenholdt med artikkel 7 nr. 2, i lys av nyere rettspraksis fra

Den europeiske unions domstol («EU-domstolen»), som stadfester dommen i *O. og B.*, og homogenitetsprinsippet, får analogisk anvendelse på en situasjon der en EØS-borger vender tilbake til opprinnelsesstaten sammen med et familiemedlem. Som klargjort i anmodningen anser den anmodende domstol som det sentrale spørsmål om direktivet ved analogi kan gi Campbell – gitt hennes status som ektefelle – en avledet rett til opphold når hun vender tilbake til Gjengaars opprinnelsesstat, Norge, etter deres opphold i Sverige.

55 I *O. og B.* la EU-domstolen til grunn at en avledet rett til opphold for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere ikke kan bygge på direktivet. EU-domstolen baserte i stedet en avledet rett til opphold for familiemedlemmer på unionsborgerskap etter TEUV artikkel 21. Som klargjort i nevnte dom får direktivet anvendelse ved analogi når en unionsborger returnerer til opprinnelsesstaten. Vedkommendes familiemedlemmer får avledede rettigheter som minst tilsvarer dem som er nedfelt i direktivet. For å sikre effektivitet og oppnå ensartethet på området for fri bevegelighet for personer, la EFTA-domstolen tilsvarende til grunn i *Jabbi* at når en EØS-borger i en annen egenskap enn arbeidstaker har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en annen EØS-stat, kommer direktivets bestemmelser til anvendelse når EØS-borgeren vender tilbake til opprinnelsesstaten (se *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 77, og sak E-26/13 *Gunnarsson*, Sml. 2014 s. 254, avsnitt 82).

56 EFTA-domstolens dom i *Jabbi* baserer seg på den konkrete rettslige kontekst som EØS-avtalen inngår i. I den forbindelse må EFTA-domstolens tolkning av direktivet ta hensyn til den EØS-rettslige kontekst direktivet inngår i og hvordan denne skiller seg fra EU-pilaren.

57 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. Siden retten til fri bevegelighet for personer er et av grunnlagene for direktivet, må enhver begrensning av denne rett tolkes snevert. I lys av sammenhengen og formålene for direktivet, kan direktivets bestemmelser ikke tolkes snevert og må ikke under noen omstendighet fratas sin praktiske betydning (jf. *Metock m.fl.*, EU:C:2008:449, avsnitt 83 og 84).

58 Nyere rettspraksis fra EU-domstolen vist til i Høyesteretts anmodning, har opprettholdt de aktuelle slutninger fra dommen i *O. og B.* Imidlertid gjelder ingen av dommene tolkning av direktivet i EØS-avtalens kontekst. EFTA-domstolen finner at den EØS-rettslige kontekster er uendret siden *Jabbi*, og ser følgelig, i likhet med det ESA og Kommisjonen tydelig har fastholdt, ingen grunn til å fravike den forståelse av ensartethet og effektivitet som fremgår i nevnte dom.

59 Svaret på det første spørsmål må dermed bli at direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b og nr. 2 gjelder for en EØS-borger som ikke har utøvd økonomisk virksomhet i situasjoner der

vedkommende EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med et familiemedlem, slik som en ektefelle som er borger av et tredjeland.

Spørsmål 2 og 3

60 Ved sitt andre og tredje spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak veiledning med hensyn til ordene «sammenhengende» og «reelt opphold» og forholdet mellom reelt opphold og misbruk av rettigheter. EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å besvare disse spørsmål under ett.

61 Det er fast rettspraksis at en avledet rett til opphold for en tredjelandsborger, som er familiemedlem til en EØS-borger, foreligger for å sikre at EØS-borgeren effektivt kan utøve retten til fri bevegelighet. Målet og begrunnelsen for en avledet rett til opphold er basert på det faktum at å nekte dette ville gripe inn i utøvelsen av EØS-borgeres rettigheter (jf. dommene i *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, avsnitt 62 og 63; *O. og B.*, som omtalt over, avsnitt 45; og *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, avsnitt 48).

62 Ikke et hvert opphold i en vertsstat sammen med et familiemedlem vil nødvendigvis være tilstrekkelig til at det etableres en avledet rett (jf. dommene i *O. og B.*, som omtalt over, avsnitt 51, og *S. og G.*, som omtalt over, avsnitt 41 og 42). Når en EØS-borger etablerer eller styrker familielivet under et reelt opphold i vertsstaten, forutsetter retten til fri bevegelighet, for å være effektiv, at familielivet kan fortsette når EØS-borgeren vender tilbake til opprinnelsesstaten ved å sikre at familiemedlemmet, som er tredjelandsborger, gis en avledet rett til opphold når EØS-borgeren vender tilbake til opprinnelsesstaten (jf. dommene i *O. og B.*, som omtalt over, avsnitt 51; *Coman m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 24; og *Deha Altiner og Ravn*, som omtalt over, avsnitt 20).

63 Reelt opphold i vertsstaten går hånd i hånd med etablering og styrking av familielivet i denne stat. Opphold i vertsstaten etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2, er et bevis på man har bosatt seg der og gjør at EØS-borgeren kan etablere eller styrke familielivet (se *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 77 og 78; jf. også dommene i *O. og B.*, som omtalt over, avsnitt 53 og 54, og *Deha Altiner og Ravn*, som omtalt over, avsnitt 26).

64 EFTA-domstolen viser til at enhver vurdering av vilkåret om sammenhengende opphold må ta helheten i den kontekst direktivet inngår. I denne forbindelse kan det nevnes at direktivet artikkel 6 gjelder oppholdsrett for EØS-borgere i en annen EØS-stat i inntil tre måneder, mens artikkel 7 gjelder oppholdsrett for EØS-borgere i en annen EØS-stat i mer enn tre måneder. Opphold etter artikkel 7 innebærer at EØS-borgeren har til hensikt å bosette seg der, noe som ikke er tilfelle for opphold etter direktivet artikkel 6. Opphold, som er direkte knyttet til utøvelsen av retten til fri bevegelighet, kan i til slutt resultere i rett til fast opphold for vedkommende EØS-borger (se *Gunnarsson*, som omtalt over, avsnitt 75, og jf. dommen i *B og Vomero*, forente saker C-316/16 og C-424/16, EU:C:2018:256, avsnitt 51 og rettspraksis som det vises til der).

65 Uttrykket sammenhengende, som benyttes i *Jabbi*, kan ikke forstås slik at det utelukker ethvert fravær fra vertsstaten. Det følger av direktivets kontekst og formål at dets bestemmelser ikke kan tolkes snevert, og må ikke i noe tilfelle fratas sin virkning (jf. *Metock m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 84). Opphold etter direktivet artikkel 7 forutsetter dermed ikke konstant fysisk tilstedeværelse, men tillater midlertidige fravær som en del av utøvelsen av selve retten til opphold.

66 Denne forståelse understøttes av det faktum at verken direktivet kapittel III, som regulerer retten til opphold, eller kapittel IV, som regulerer retten til fast opphold, oppstiller vilkår om at EØS-borgerens tilstedeværelse i vertsstaten må være helt uten midlertidige fravær for å kunne utøve rettighetene etter nevnte kapitler.

67 Derfor må «opphold» forstås slik at det tillater rimelige perioder med fravær, som kan være arbeidsrelaterte eller ikke, og som i varighet ikke kan være i strid eller uforenlig med reelt opphold. Begrepet reelt opphold innebærer at omstendighetene ved situasjonen sett under ett, er egnet til å etablere eller styrke familielivet mellom EØS-borgeren og tredjelandsborgeren. Dermed kan ikke perioder av fravær, sett isolert eller samlet, ha en varighet eller en art som er til hinder for etablering eller styrking av familielivet.

68 I denne sak er det enighet om at Gjengaar og Campbell bodde sammen i Sverige i en uavbrutt periode på rundt syv uker. Deretter fant Gjengaar arbeid om bord på Hurtigruten i Norge. Som beskrevet over arbeidet Gjengaar på Hurtigruten i turnus med tre uker ombord og tre uker fri. I friperiodene reiste Gjengaar tilbake til Sverige, men hun oppholdt seg tidvis også i Norge, og fra tid til annen på ferie i andre land. Selv om det er den nasjonale domstol som må vurdere sakens faktiske omstendigheter, nevner EFTA-domstolen likevel at slike arbeidstidsordninger neppe er uvanlige, og at slike fravær ikke synes uforenlig med kravene til reelt opphold.

69 Samtidig kan ikke EØS-rettens virkeområde utvides til å omfatte misbruk. Hvor direktivet gir familiemedlemmet, som er tredjelandsborger, en avledet rett til innreise og opphold kan den aktuelle EØS-stat bare begrense denne rett i tråd direktivet artikkel 27 og 35 (jf. dommene i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, EU:C:2014:2450, avsnitt 45, og *Metock m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 74 og 95). Ethvert slikt tiltak må være forholdsmessig og være underlagt sakbehandlingsgarantiene fastsatt i direktivet (jf. *Metock m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 74 og 75).

70 Beslutning om tiltak etter artikkel 35 forutsetter for det første en kombinasjon av objektive omstendigheter, der reglenes formål ikke er oppnådd til tross for at vilkårene i EØS-reglene formelt er oppfylt, og for det andre et subjektivt element bestående av en hensikt om å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå denne fordel (jf. dommen i *O. og B.*, som omtalt over, avsnitt 58).

71 Som nevnt av Kommisjonen utgjør imidlertid det faktum at en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat ikke i seg selv et misbruk.

Slik atferd kan heller ikke utgjøre et misbruk selv om ektefellen på det tidspunkt paret etablerte seg i en annen EØS-stat, ikke hadde rett til å forbli i opprinnelsesstaten (jf. dommen i *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, avsnitt 55 og 56).

72 EFTA-domstolen påpeker at det i denne sak ikke er fremsatt noen påstand om misbruk av rettigheter eller om bedrageri. Enhver vurdering av misbruk eller bedrageri av en nasjonal domstol må foretas fra sak til sak.

73 Endelig viser EFTA-domstolen til at begrensninger i rettigheter gitt etter direktivet, kan begrunnes i hensynet til offentlig orden, sikkerhet eller helse, etter direktivet artikkel 27 nr. 1 (se *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80).

74 Svaret på spørsmål 2 og 3 er at ethvert opphold etter og i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 for en EØS-borger i en annen EØS-stat opprinnelsesstaten, der EØS-borgeren har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger, skaper en avledet rett til opphold for tredjelandsborgeren når EØS-borgeren vender tilbake til opprinnelsesstaten. Uttrykket opphold må forstås slik at det tillater rimelige perioder med fravær, som kan være arbeidsrelaterte eller ikke, og hvis varighet ikke strider mot eller er uforenlig med reelt opphold. Dette gjelder med forbehold for direktivet artikkel 35. At en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat, utgjør imidlertid ikke i seg selv et tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger misbruk.

IV Saksomkostninger

75 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **Når en EØS-borger utøver sin rett som arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28 og etablerer reelt opphold i en annen EØS-stat som etablerer eller styrker familielivet, må denne rett, for å være effektiv, innebære at EØS-borgerens familieliv kan fortsette når de vender tilbake til opprinnelsesstaten.**

   Når det gjelder en EØS-borger som ikke har utøvd økonomisk virksomhet, gjelder direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b og nr. 2 i en situasjon der en EØS-borger som ikke har utøvd økonomisk virksomhet, vender tilbake til opprinnelsesstaten sammen med et familiemedlem, slik som en ektefelle, som er borger av et tredjeland.

2. **Ethvert opphold etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 og 2 for en EØS-borger i en annen EØS-stat enn den han er borger av, der EØS-borgeren har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger, etablerer en avledet rett til opphold for tredjelandsborgeren når EØS-borgeren vender tilbake til sin opprinnelsesstat. Uttrykket opphold må forstås slik at det tillater rimelige perioder med fravær, som kan være arbeidsrelaterte eller ikke, og som i varighet ikke strider mot eller er uforenlig med reelt opphold. Dette gjelder med forbehold for artikkel 35 i direktiv 2004/38/EF. At en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat, utgjør imidlertid ikke i seg selv et tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger misbruk.**

Páll Hreinsson Per Christiansen Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 13. Mai 2020.

Birgir Hrafn Búason
Fungerende justissekretær

Páll Hreinsson
President