EFTA-DOMSTOLENS DOM
2. juli 2024*

(*Direktiv 2004/38/EF – Avledede rettigheter for tredjelandsborgere – Rett til innreise – Nasjonal lovgivning som begrenser retten til innreise og opphold begrunnet i et innreiseforbud ilagt før vedkommende ble familiemedlem til en EØS-borger – Direktiv 2004/38/EF artikkel 32 – Direktiv 2004/38/EF artikkel 36*)

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 en straffesak mot

MH,

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, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), og dommerne Bernd Hammermann og Michael Reiertsen,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

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

- MH, representert ved advokat Maral Houshmand,

- påtalemyndigheten, representert ved riksadvokatfullmektig Mads Fredrik Baardseth og førstestatsadvokat Thomas Frøberg,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Helge Røstum og Marie Munthe-Kaas, som partsrepresentanter,

- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Melpo-Menie Joséphidès, Kyrre Isaksen og Erlend Møinichen Leonhardsen, som partsrepresentanter, og

- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Elisabetta Montaguti og Jonathan Tomkin, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra MH, representert ved Maral Houshmand; påtalemyndigheten, representert ved Mads Fredrik Baardseth; den danske regjering, representert ved Josefine Farver Kronborg, som partsrepresentant; den norske stat, representert ved Helge Røstum; ESA, representert ved Kyrre Isaksen; og Kommisjonen, representert ved Jonathan Tomkin, i rettsmøtet 22. november 2023,

slik

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

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, og EØS-tillegg 2012 nr. 5 s. 243) («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 (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII nr. 3 (Etableringsrett). Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge. Kravene ble oppfylt 9. januar 2009, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

2 EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 artikkel 1 nr. 1 tredje ledd 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».

3 Sammen med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 vedtok avtalepartene en «Felleserklæring fra avtalepartene i forbindelse med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 om innlemming 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 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.

4 Direktivet artikkel 5, med overskriften «Rett til innreise», 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 bevegelighet 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.

5 Direktivet artikkel 6, med overskriften «Oppholdsrett 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.

6 Direktivet artikkel 7, med overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder i utdrag:

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 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 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).

[…]

7 Direktivet kapittel VI, med overskriften «Begrensninger i retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse», inneholder artiklene 27 til 33. Direktivet artikkel 27, med overskriften «Alminnelige prinsipper», 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.

8 Direktivet artikkel 32, med overskriften «Varighet av innreiseforbud», 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.

Nasjonal rett

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

10 Utlendingsloven § 66 bokstav c lyder i utdrag:

En utlending uten oppholdstillatelse kan utvises

[…]

c. når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff, eller for overtredelse av et av følgende straffebud i straffeloven:

§ 323 (mindre tyveri)

§ 326 (mindre underslag)

§ 334 (mindre heleri)

§ 339 (mindre hvitvasking)

§ 362 (mindre dokumentfalsk)

§ 373 (mindre bedrageri)

11 Utlendingsloven § 70 første ledd lyder:

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.

12 Utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e 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.

13 Utlendingsloven § 110 lyder i utdrag:

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

Familiemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet så lenge de følger eller slutter seg til en EØS-borger. Familiemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet 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 […]

14 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.

[…]

15 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.

[…]

16 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.

[…]

17 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).

18 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 lå 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.

19 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.

II FAKTUM OG SAKSGANG

20 MH er iransk statsborger som 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.

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

22 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.

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

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

25 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 hustru giftet seg i 2019. Ekteskapet ble registrert i det svenske folkeregisteret i 2021. MHs hustru meldte flytting fra Norge til Sverige i november 2021, hvor hun fortsatt er bosatt sammen med MH. MH har arbeid i Sverige. MH og hans hustru har en datter sammen, som ble født i Norge i mars 2022.

26 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 hans hustru og to barn, deriblant deres felles datter.

27 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.

28 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.

29 I dom 7. februar 2023 kom Borgarting lagmannsrett til samme resultat som tingretten. MH har anket denne dommen til Høyesterett.

30 Høyesteretts ankeutvalg besluttet 21. april 2023 å tillate anken fremmet, og under saksforberedelsen besluttet Høyesterett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Anmodningen var datert 22. juni 2023 og ble registrert ved EFTA-domstolen samme dag. Høyesterett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

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 bevegelighet 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 bekreftende: 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?*

31 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige bakgrunnen, de faktiske forholdene, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter nevnes eller drøftes i det følgende bare så langt det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

Spørsmål 1

32 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om direktivet gir en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som har utøvd sin rett til å flytte til og bosette seg i en annen EØS-stat enn sin hjemstat, rett til innreise og kortvarig opphold i EØS-borgerens hjemstat, også der tredjelandsborgeren før han ble omfattet av direktivet, var gjenstand for et vedtak om innreiseforbud til EØS-borgerens hjemstat i samsvar med nasjonale regler som gjelder for tredjelandsborgere.

33 Den norske stat anfører at MHs situasjon ikke er regulert av bestemmelsene i direktivet, men av bestemmelsene i nasjonal utlendingslovgivning. Den norske stat gjør gjeldende at i en situasjon der en tredjelandsborger returnerer med et familiemedlem som er EØS-borger til dennes EØS-hjemstat, gir ikke direktivet artikkel 5 og 6 noen avledet rett til innreise og midlertidig opphold. I denne sammenhengen anfører den norske stat at den ikke har kjennskap til rettspraksis som er relevant for denne situasjonen. For det andre anfører den norske stat at eventuelle avledede rettigheter etter direktivet artikkel 5 og 6 ikke under noen omstendigheter kan komme til anvendelse siden tredjelandsborgeren var lovlig utvist fra og nektet innreise til en EØS-stat før han ble familiemedlem til en statsborger av denne EØS-staten.

34 MH, påtalemyndigheten, ESA og Kommisjonen gjør gjeldende at direktivet gir avledede rettigheter til en tredjelandsborger som flytter sammen med et familiemedlem som er EØS-borger, og som returnerer til sin hjemstat.

35 Derfor vil EFTA-domstolen først vurdere rettighetene som tredjelandsborgere har i hjemstaten til familiemedlemmer som er EØS-borgere, og deretter konsekvensene av et tidligere innreiseforbud for disse rettighetene.

Rettigheter som tredjelandsborgere har i hjemstaten til familiemedlemmer som er EØS-borgere

36 EFTA-domstolen peker på at målet med direktivet fremfor alt er å legge til rette for og styrke utøvelsen av den grunnleggende og individuelle retten til fritt å ferdes og oppholde seg på EØS-statenes territorium. Avsnitt 5 i direktivets fortale fastsetter at denne retten, for at den skal utøves på objektive vilkår som sikrer verdighet, også bør gis EØS-borgeres familiemedlemmer, uavhengig av statsborgerskap (se dom 26. juli 2011 i *Arnulf Clauder,* E-4/11, avsnitt 36).

37 Direktivets bestemmelser gir ikke selvstendige rettigheter til en EØS-borgers

familiemedlemmer som ikke er statsborgere i en EØS-stat, men er rettigheter de eventutelt har avledet av en EØS-borgers utøvelse av sin rett til fri bevegelighet (se bl.a. dom 13. mai 2020 i *Campbell*, E-4/19, avsnitt 51, 55 og 57 og rettspraksis som det vises til der).

38 Det bør videre pekes på at EØS-borgere som flytter til eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den de er statsborgere i, og deres familiemedlemmer som definert i artikkel 2 nr. 2 som kommer sammen med eller slutter seg til dem, etter direktivet artikkel 3 nr. 1 er omfattet av direktivet og har krav på de rettighetene det gir (se dommen i *Arnulf Clauder*, E-4/11, sitert over, avsnitt 37).

39 I den foreliggende saken er det enighet om at MHs ektefelle, som er norsk statsborger og følgelig EØS-borger, har utøvd sin rett til fri bevegelighet ved å flytte til og bosette seg i en annen EØS-stat.

40 Det er også enighet om at MH, som følge av sitt ekteskap med en EØS-borger, bodde sammen med sin ektefelle i Sverige i kraft av den avledede oppholdsretten som direktivet gir EØS-borgeres familiemedlemmer. Ifølge opplysningene EFTA-domstolen har fått seg forelagt, er MH og hans ektefelle lovlig bosatt i Sverige.

41 Det følger av dette at MH og hans ektefelle er «berettigede personer» etter direktivet artikkel 3 nr. 1.

42 EFTA-domstolen peker på at MH ønsket å utøve en avledet rett til innreise og kortvarig opphold for å kunne følge sin ektefelle til den EØS-staten hun er borger av, nemlig Norge.

Rett til innreise

43 Når det gjelder spørsmålet om en tredjelandsborger har en avledet rett til innreise i ektefellens EØS-hjemstat, må det pekes på at direktivet artikkel 5 regulerer retten til innreise og vilkårene for innreise til EØS-statenes territorium. Ordlyden i artikkel 5 nr. 1 viser til EØS-statene og skiller ikke mellom hvilken EØS-stat innreisen gjelder. Denne bestemmelsen, herunder de formalitetene som er forbundet med utøvelsen av retten til innreise fastsatt i denne bestemmelsen, kommer derfor til anvendelse på en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger. Det er ingenting i artikkel 5 som tilsier at retten til innreise for EØS-borgerens familiemedlemmer som ikke er statsborgere i en EØS-stat, er begrenset til andre EØS-stater enn EØS-borgerens hjemstat (jf. dom 18. desember 2014 i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, EU:C:2014:2450, avsnitt 41).

44 Dersom et familiemedlem fra et tredjeland som ønsker å følge med eller slutte seg til en EØS-borger må ha visum, har EØS-statene etter direktivet artikkel 5 nr. 2 plikt til å gi slike familiemedlemmer all den hjelp vedkommende trenger for å få de nødvendige visa. I denne sammenheng er det fast rettspraksis at EØS-statene etter direktivet skal utstede visum omgående og så langt det er mulig, på innreisestedet til det nasjonale territoriet (jf. dom 14. april 2005 i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-157/03,

EU:C:2005:225, avsnitt 33 og rettspraksis som det vises til der).

45 Videre er EØS-statene etter direktivet artikkel 5 nr. 2 i prinsippet pålagt å anerkjenne et oppholdskort utstedt i henhold til artikkel 10 med henblikk på innreise til deres territorium uten visum (jf. dommen i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, sitert over, avsnitt 53 og 62).

46 Det må derfor legges til grunn at et familiemedlem til en EØS-borger, som MH i den foreliggende sak, har rett til innreise til territoriet til EØS-borgerens hjemstat.

Oppholdsrett

47 Når det gjelder spørsmålet, slik det er forelagt, om en rett til midlertidig eller kortvarig opphold etter direktivet artikkel 6, minner EFTA-domstolen om at den – særlig i *Gunnarsson*, *Jabbi* og *Campbell* – har lagt til grunn at det faktum at EØS-retten ikke har noen parallell til artikkel 21 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, innebærer at direktivet må tolkes på en annen måte for å oppnå direktivets mål, som fremfor alt er å legge til rette for og styrke utøvelsen av den grunnleggende og individuelle rett til fritt å ferdes og oppholde seg på EØS-statenes territorium. For å sikre effektivitet og oppnå ensartethet på området for fri bevegelighet for personer må derfor direktivets bestemmelser komme til anvendelse når en EØS-borger har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en annen EØS-stat, og EØS-borgeren returnerer til sin hjemstat (se dom 27. juni 2014 i *Gunnarsson*, E-26/13, avsnitt 82; dom 26. juli 2016 i *Jabbi*, E-28/15, avsnitt 77 til 80 og rettspraksis som det vises til der, og dommen i *Campbell*, E-4/19, sitert over, avsnitt 55 til 58 og rettspraksis som det vises til der).

48 I motsatt fall ville EØS-borgeren bli avskrekket fra å forlate den EØS-staten der vedkommende er statsborger, og fra å utøve sine rettigheter etter direktivet i en annen EØS-stat, dersom han eller hun senere ikke ville kunne fortsette, eller ville bli hindret i å fortsette, et reelt familieliv med en tredjelandsborger i sin egen EØS-hjemstat. Når en EØS-borger etablerer eller styrker familielivet under et reelt opphold i en annen EØS-stat etter direktivet artikkel 7, må denne retten, for å være effektiv, innebære at familielivet kan fortsette når EØS-borgeren returnerer til hjemstaten, ved at familiemedlemmet som er tredjelandsborger, gis en avledet rett til opphold (se dommene i *Jabbi*, E-28/15, sitert over, avsnitt 74 til 79 og rettspraksis som det vises til der, og *Campbell*, E-4/19, sitert over, avsnitt 61 og 62 og rettspraksis som det vises til der).

49 Den norske stat anfører at en potensielt avledet rett til kortvarig opphold etter direktivet artikkel 6 ikke kan forstås på samme måte, da EØS-borgerens familieliv etter dens oppfatning vil bli mindre alvorlig påvirket av at familiemedlemmet ikke kan følge med ham eller henne når vedkommende bare planlegger et midlertidig opphold.

50 I den foreliggende saken synes det for EFTA-domstolen, som i *Jabbi* – og som det er opp til den anmodende domstol å verifisere – som at MHs norske ektefelle har utøvd sin rett til fri bevegelighet etter direktivet artikkel 7 til å flytte til og oppholde seg i

Sverige, der hun har etablert seg og styrket sitt familieliv med MH. Slik som i *Jabbi* kan hun i så fall ikke avskrekkes fra å utøve denne retten ved at hennes ektefelle MH, som er tredjelandsborger, hindres i å reise inn i og oppholde seg i hennes hjemstat, Norge. Om hennes ektefelle, som er tredjelandsborger, hindres i å reise inn i og oppholde seg i Norge, ville det gjøre hennes rett til å flytte til og oppholde seg i en annen EØS-stat etter artikkel 7 mindre effektiv.

51 Reelt opphold i EØS-vertsstaten går hånd i hånd med etablering og styrking av familielivet i den staten. Opphold i EØS-vertsstaten etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2, er som sådant bevis på etablering der, og gjør at EØS-borgeren kan etablere eller styrke familielivet, noe som gir opphav til en avledet rett til opphold. Enhver vurdering av oppholdsvilkåret må gjøres i forhold til den totale rammen som direktivet inngår i. I denne sammenhengen kan det minnes om at 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 etablere seg der, noe som ikke er tilfelle når det gjelder opphold etter artikkel 6. Opphold, som er direkte knyttet til utøvelsen av retten til fri bevegelighet, kan i siste instans ende i en rett til fast opphold for den aktuelle EØS-borgeren. EFTA-domstolen minner om at opphold etter artikkel 7 ikke forutsetter permanent fysisk tilstedeværelse, men tillater midlertidige fravær som en del av utøvelsen av selve retten til opphold (se dommen i *Campbell*, E-4/19, sitert over, avsnitt 62 til 65 og rettspraksis som det vises til der).

52 Det følger av dette at direktivet gir oppholdsrett til en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger, når EØS-borgeren som har utøvd sin rett til fri bevegelighet til å flytte til og reelt oppholde seg i en annen EØS-stat der han eller hun har etablert eller styrket familielivet, returnerer til hjemstaten sammen med et familiemedlem, slik som en ektefelle som er borger av et tredjeland.

Konsekvensene av et tidligere innreiseforbud for en avledet oppholdsrett, i lys av direktivet artikkel 27 og 28

53 Påtalemyndigheten gjør gjeldende at selv om de avledede rettighetene tilsynelatende oppstår umiddelbart, *ipso facto*, fra det tidspunktet MH giftet seg med ektefellen, kan oppnåelsen av denne «nye» rettslige stillingen ikke oppheve det eksisterende innreiseforbudet og gjøre det ugyldig. Direktivet kan derfor bare gi avledede rettigheter i EØS-stater som tredjelandsborgeren ikke tidligere er nektet innreise til. Den norske staten har hverken i sine skriftlige innlegg eller i den muntlige høringen fremsatt konkrete argumenter i denne sammenhengen.

54 ESA gjør gjeldende at eventuelle begrensninger på avledede rettigheter må begrunnes i samsvar med direktivet artikkel 27 nr. 2. Ettersom MH på det tidspunktet vedtaket om utvisning og innreiseforbud ble fattet, ikke hadde noen avledede rettigheter etter direktivet, må den anmodende domstol nå vurdere om det er forenlig med direktivet å «opprettholde» vedtaket. ESA anfører at de tidligere vedtakene i denne situasjonen ikke automatisk vil være ugyldige, men at det vil være en sterk presumsjon for at det tidligere vedtaket ikke er forenlig med direktivet artikkel 27 nr. 2.

55 MH og Kommisjonen gjør gjeldende at et eventuelt tidligere vedtak om utvisning og innreiseforbud ikke under noen omstendighet får innvirkning på anvendelsen av de avledede rettighetene. MH kan derfor ikke nektes innreise og opphold på territoriet til ektefellens EØS-hjemstat utelukkende med henvisning til det tidligere vedtaket om utvisning og innreiseforbud, uten forutgående kontroll av at de relevante materielle og prosessuelle kravene i direktivet kapittel VI er oppfylt.

56 EFTA-domstolen peker på at norske myndigheters beslutning om å straffe et familiemedlem til en EØS-borger for å ha reist inn på og/eller oppholdt seg på sitt territorium i strid med nasjonal utlendingslovgivning etter sin art utgjør en begrensning på EØS-borgeres og deres familiemedlemmers frie bevegelighet og opphold, slik det fremgår av direktivets bestemmelser (jf. dom 25. juli 2002 i *MRAX*, C-459/99, EU:C:2002:461, avsnitt 78 og rettspraksis som det vises til der).

57 Det må påpekes at retten til fri bevegelighet for statsborgere og deres familiemedlemmer ikke er ubetinget, men kan være underlagt de begrensninger og vilkår som er fastsatt i EØS-avtalen og i de tiltak som er truffet for å gjennomføre den (se dom 22. juli 2013 i *Wahl*, E-15/12, avsnitt 80 og rettspraksis som det vises til der). I denne sammenheng bør det minnes om at direktivet artikkel 27 nr. 1, som hører til direktivet kapittel VI, som har overskriften «Begrensninger i retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse», gir konkret uttrykk for direktivet artikkel 1 bokstav c). Etter bestemmelsene i det kapittelet, kan EØS statene begrense EØS-borgeres og deres familiemedlemmers frie bevegelighet og opphold, uavhengig av statsborgerskap, av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse, forutsatt at disse hensynene ikke gjøres gjeldende for økonomiske formål (se dom 21. mars 2024, *LDL*, E-5/23, avsnitt 52 og rettspraksis som det vises til der).

58 Fra det tidspunkt direktivet gir tredjelandsborgeren som er familiemedlem til en EØS-borger en avledet rett til innreise og opphold, må den aktuelle EØS-staten, om den begrenser disse rettighetene, overholde direktivet artikkel 27 og 35 (jf. dommen i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, sitert over, avsnitt 45 og rettspraksis som det vises til der).

59 EFTA-domstolen peker på at det i den foreliggende saken ikke har fremkommet noen påstander om misbruk av rettigheter eller bedrageri i forbindelse med direktivet artikkel 35. EFTA-domstolen minner om at nasjonale domstoler må foreta en vurdering av et eventuelt bedrageri eller misbruk av rettigheter i den enkelte saken (se dom 9. februar 2021 i *Kerim*, E-1/20, avsnitt 35 og flg. og rettspraksis som det vises til der).

60 Overholdelse av direktivet artikkel 27 er særlig påkrevd der EØS-staten ønsker å straffe en tredjelandsborger for å ha reist inn på og/eller oppholdt seg på dens territorium i strid med nasjonal utlendingslovgivning forut for at vedkommende ble familiemedlem til en EØS-borger (jf. dom 25. juli 2008 i *Metock m.fl.*, C-127/08, EU:C:2008:449, avsnitt 96).

61 For at et vedtak som det hovedsaken gjelder skal være tillatt etter EØS-retten, må det derfor blant annet godtgjøres at tiltaket ble truffet under henvisning til grunnene oppført i direktivet artikkel 27 nr. 1 (se dommen i *Wahl*, E-15/12, sitert over, avsnitt 82).

62 Direktivet artikkel 27 nr. 2 fastsetter uttrykkelig at eventuelle tidligere straffedommer ikke alene skal gi grunnlag for å vedta inngripende tiltak. Unntak fra den frie bevegeligheten for personer må imidlertid tolkes strengt, med den følge at en tidligere domfellelse bare kan rettferdiggjøre et innreiseforbud i den utstrekning omstendighetene som førte til domfellelsen beviser en personlig atferd som utgjør en umiddelbar trussel mot kravene til offentlig orden og/eller offentlig sikkerhet (se dom 21. april 2021 i *Den norske stat* mot *L*, E-2/20, avsnitt 31 og 32 og rettspraksis som det vises til der).

63 Det er fast rettspraksis at grunnleggende rettigheter utgjør en del av EØS-rettens generelle prinsipper. EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol er viktige kilder for å fastslå anvendelsesområdet for disse grunnleggende rettighetene. I denne sammenheng må det pekes på at EØS-statene, og særlig deres domstoler, ikke bare må tolke sin nasjonale rett på en måte som er i samsvar med EØS-retten, men også har plikt til å sikre at tolkningen og anvendelsen av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, ikke kommer i konflikt med grunnleggende rettigheter som er beskyttet etter EØS-retten (se dommen i *Kerim*, E-1/20, sitert over, avsnitt 43 og rettspraksis som det vises til der). Avsnitt 5 i direktivets fortale knytter videre familiens avledede rettigheter til EØS-borgerens frihet og verdighet, og avsnitt 6 bekrefter at «å bevare familiens enhet i videre betydning» er et av direktivets mål (se dommen i *Kerim*, E-1/20, sitert over, avsnitt 42 og rettspraksis som det vises til der).

64 Selv om EØS-statene i hovedsak har beholdt friheten til å fastsette kravene til offentlig orden og offentlig sikkerhet i samsvar med sine nasjonale behov, som kan variere fra en EØS-stat til en annen og fra en epoke til en annen, må disse kravene i EØS-sammenheng, og særlig når det gjelder en rettferdiggjøring for å fravike det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet for personer, tolkes strengt slik at deres omfang ikke kan bestemmes ensidig av den enkelte EØS-stat uten noen kontroll fra EØS-institusjonene (se dommen i *Wahl*, E-15/12, sitert over, avsnitt 83 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dom 17. november 2011 i *Gaydarov*, C-430/10, EU:C:2011:749, avsnitt 32 og rettspraksis som det vises til der).

65 Begrepet «offentlig orden» forutsetter under enhver omstendighet at det i tillegg til den forstyrrelse av samfunnsordenen som enhver overtredelse av loven innebærer, foreligger en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Når det gjelder «offentlig sikkerhet», omfatter dette begrepet både en EØS-stats indre sikkerhet og dens ytre sikkerhet, og en trussel mot institusjoners og grunnleggende offentlige tjenesters virkemåte og befolkningens overlevelse samt risikoen for en alvorlig forstyrrelse av internasjonale relasjoner eller av nasjoners fredelige sameksistens eller en trussel mot militære interesser kan følgelig påvirke offentlig sikkerhet (jf. dom 13. september 2016 i *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, avsnitt 83 og rettspraksis som det vises til der). Bekjempelse av organisert ulovlig narkotikahandel og av terrorisme inngår i begrepet «offentlig sikkerhet» (se dommen i *Wahl*, E-15/12, som omtalt over, avsnitt 88 til 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dom 13. september 2016 i *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, avsnitt 39 og rettspraksis som det vises til der).

66 Straffbare forhold kan utgjøre en spesielt alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn, som kan utgjøre en direkte trussel mot befolkningens trygghet og fysiske sikkerhet og dermed kan omfattes av begrepet «tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet», så lenge måten lovbruddet ble utført på, avdekker spesielt alvorlige karakteristikker. Den berørte personens personlige atferd må likevel utgjøre en virkelig, alvorlig og umiddelbar trussel, noe som innebærer at det må foreligge en tilbøyelighet hos vedkommende til å handle på samme måte i fremtiden (se dommen i *Den norske stat* mot *L*, E-2/20, sitert over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der).

67 Når det gjelder en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger, tjener en streng tolkning av begrepet offentlig orden også til å beskytte sistnevntes rett til respekt for sitt familieliv etter EMK artikkel 8 (jf. dommen av 31. januar 2006 i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-503/03, EU:C:2006:74, avsnitt 47 og rettspraksis som det vises til der).

68 Det fremgår av anmodningen at hovedbegrunnelsen for det omtvistede vedtaket mot MH som hovedsaken gjelder, er at han brøt et tidligere innreiseforbud vedtatt før han hadde oppnådd avledede rettigheter til fri bevegelighet etter direktivet. Det kan virke som om vedtaket i hovedsaken ble tatt automatisk, uten at det ble tatt hensyn til MHs individuelle situasjon.

69 EFTA-domstolen peker på at et slikt inngripende tiltak ikke kan treffes på grunnlag av et tidligere innreiseforbud som var vedtatt før den berørte personen fikk sine avledede rettigheter til fri bevegelighet etter direktivet. Det kan eventuelt bare vedtas etter en konkret vurdering fra nasjonale myndigheter av alle foreliggende og relevante omstendigheter i saken i lys av forholdsmessighetsprinsippet og de grunnleggende rettigheter som EFTA-domstolen skal sikre overholdelse av (se dommen i *Den norske stat* mot *L*, E-2/20, sitert over, avsnitt 32 og 52 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommene i *CS*, C-304/14, sitert over, avsnitt 41, *Rendón Marín*, C-165/14, sitert over, avsnitt 85, og *Kommisjonen* mot *Spania*, C-503/03, sitert over, avsnitt 52 og 53).

70 Under disse omstendigheter synes begrepet offentlig orden etter direktivet kapittel VI ikke å samsvare med grunnlaget i nasjonal utlendingslovgivning som det varige innreiseforbudet fra 2017 er basert på, men dette er noe den anmodende domstol må verifisere. Som det fremgår av anmodningen, synes innreiseforbudet å være basert på en nasjonal bestemmelse som fastsetter at en utlending uten oppholdstillatelse kan utvises dersom han eller hun er dømt for et forhold som kan føre til fengselsstraff. I motsetning til reglene fastsatt i direktivet kapittel VI, synes altså slike regler å åpne for vedtak om utvisning og innreiseforbud uten en konkret vurdering av blant annet den trussel vedkommende utgjør mot norske grunnleggende samfunnsinteresser (jf. dommen i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-503/03, sitert over, avsnitt 48).

71 Det følger av dette at vurderingene som styrer anvendelsen av nasjonal utlendingslovgivning, slik som dem som danner grunnlaget for en straffedom eller for varsling om en tredjelandsborger i Schengen informasjonssystemet med sikte på å nekte innreise (jf. dom 11. juni 2015 i *Zh. og O.*, C-554/13, EU:C:2015:377, avsnitt 59 og rettspraksis som det vises til der, og dommen i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-503/03,

sitert over, avsnitt 59), ikke nødvendigvis sammenfaller med vurderingene som skal gjøres for å vareta hensynet til offentlig orden og sikkerhet etter direktivet artikkel 27 nr. 2.

72 Under slike omstendigheter kan det tidligere innreiseforbudet ikke i seg selv gi grunnlag for å begrense rettighetene til fri bevegelighet, siden det ikke medførte en individuell vurdering av om vedkommende utgjør en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse, som er den eneste mulige begrunnelsen for en begrensning av de rettighetene vedkommende har i henhold til EØS-retten.

73 EFTA-domstolen peker på at å tillate tiltak som begrenser retten til innreise og opphold for en EØS-borger eller et familiemedlem begrunnet i et brudd på nasjonal utlendingslovgivning, uten en vurdering av vedkommendes personlige atferd eller av den eventuelle trussel vedkommende kan utgjøre mot kravene til offentlig orden eller offentlig sikkerhet, ville være å gjøre utøvelsen av retten til fri bevegelighet til gjenstand for en begrensning som hverken er fastsatt i EØS-avtalen eller i direktivet.

74 Under slike omstendigheter kan det opprinnelige utvisningsvedtaket ikke lenger håndheves overfor en person som MH, som er blitt et familiemedlem etter direktivet (jf. dommen i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-503/03, sitert over, avsnitt 55 og 59). Hvis EØS-staten i et slikt tilfelle skulle ønske å nekte ham innreise til sitt territorium, må den derfor foreta en ny vurdering, og utvisning kan bare finne sted dersom vedtaket er i samsvar med kravene i direktivet artikkel 27. I påvente av utfallet av en slik vurdering, må hans tilstedeværelse på den berørte EØS-statens territorium anses som lovlig.

75 I lys av det foregående er svaret på det første spørsmålet at reglene i direktivet kapittel VI må tolkes slik at de ikke tillater en EØS-stat å nekte innreise og opphold på sitt territorium for en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger, bare med den begrunnelse at tredjelandsborgeren tidligere var gjenstand for et innreiseforbud på grunnlag av nasjonale tiltak som var ilagt i forbindelse med tidligere overtredelser, på et tidspunkt før han eller hun hadde oppnådd avledede rettigheter til fri bevegelighet etter direktivet, uten forutgående kontroll av at vedkommendes tilstedeværelse på EØS-statens territorium utgjorde en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse etter direktivet artikkel 27 nr. 2.

Spørsmål 2

76 Ved sitt andre spørsmål spør den anmodende domstolen om direktivet artikkel 32 får anvendelse, eventuelt ved analogi, i en situasjon som beskrevet i det første spørsmålet, 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.

77 Siden retten til fri bevegelighet for personer er en del av direktivets fundament, må enhver begrensning på denne friheten tolkes snevert. I lys av konteksten og direktivets formål kan direktivets bestemmelser ikke tolkes snevert og må ikke under noen

omstendighet fratas sin praktiske virkning (se dommen i *Campbell*, E-4/19, sitert over, avsnitt 57 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dom 22. juni 2021 i *FS*, C-719/19, EU:C:2021:506, avsnitt 88 og rettspraksis som det vises til der).

78 Direktivet artikkel 32 nr. 1 første ledd fastslår at personer som 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 vedtaket om innreiseforbud, ved å påberope seg enhver vesentlig endring i forholdene som lå til grunn for vedtaket.

79 Direktivet artikkel 32 nr. 2 fastslår at disse personene ikke skal ha rett til innreise på den berørte medlemsstats territorium mens søknaden behandles. EFTA-domstolen påpeker at for at et vedtak skal kunne påklages etter artikkel 32, må det aktuelle tiltaket være gyldig vedtatt i samsvar med EØS-retten. Følgelig må et slikt tiltak blant annet være vedtatt av hensyn til offentlig orden eller offentlig sikkerhet i direktivets betydning og være basert på en individuell vurdering. Som nevnt over, innebar ikke det varige innreiseforbudet fra 2017 noen konkret vurdering av om den trusselen som MHs atferd kunne utgjøre mot norske grunnleggende samfunnsinteresser, var av en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig karakter, men dette er noe den nasjonale domstolen må verifisere. Artikkel 32 får derfor ikke anvendelse på tvisten for den anmodende domstolen (jf. dom 4. oktober 2012 i *Byankov*, C-249/11, EU:C:2012:608, avsnitt 68).

80 EFTA-domstolen peker på at å tolke direktivet artikkel 32, enten direkte eller ved analogi, slik at en berettiget person i henhold til artikkel 3 nr. 1 som har fått et vedtak om innreiseforbud som ikke var hjemlet i den rettslige rammen som gjennomfører direktivet, uansett kan pålegges å måtte søke om å få innreiseforbudet opphevet for å kunne påberope seg sin rett til innreise og opphold, ville medføre en begrensning på utøvelsen av disse rettighetene som ikke har hjemmel i direktivet, og dermed frata direktivet dets effektivitet.

81 Direktivet artikkel 32 får dermed ingen anvendelse, hverken direkte eller ved analogi, på en situasjon der innreise- og oppholdsforbud ikke er begrunnet med at det foreligger en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot offentlig orden eller offentlig sikkerhet.

82 Det bør påpekes at den danske regjering og den norske stat i rettsmøtet ga uttrykk for bekymring for at dersom direktivet artikkel 32 ikke får anvendelse ved analogi i en situasjon som i hovedsaken, ville EØS-staten ikke være i stand til å foreta en effektiv vurdering av om vedkommende på det aktuelle tidspunktet utgjør en trussel mot offentlig orden eller offentlig sikkerhet.

83 EFTA-domstolen påpeker imidlertid at EØS-statene har ordninger som kan gi dem mulighet til å vurdere hensynet til offentlig orden eller offentlig sikkerhet for å begrense rettighetene i samsvar med direktivet.

84 Særlig fastsetter artikkel 5 nr. 5 i direktivet at EØS-staten kan kreve at den berørte personen melder sin tilstedeværelse på dens territorium innen en rimelig frist som ikke

innebærer forskjellsbehandling, og at enhver manglende overholdelse av dette kravet kan straffes med sanksjoner som står i forhold til overtredelsen og ikke medfører forskjellsbehandling (jf. dom 6. oktober 2021 i *A (Crossing of borders in a pleasure boat)*, C-35/20, EU:C:2021:813, avsnitt 88 til 91).

85 Tilsvarende bør det påpekes at dersom en berettiget person etter direktivet kommer i kontakt med myndighetene i vertsstaten kort tid etter utløpet av fristen som er fastsatt for vedkommendes frivillige utreise fra dette territoriet, kan denne EØS-staten kontrollere om vedkommendes tilstedeværelse på dens territorium er rettferdiggjort i medhold av direktivet (jf. dommen i *FS*, C-719/19, sitert over, avsnitt 100).

86 I mangel av relevante EØS-regler er det videre, i samsvar med prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi, opp til den nasjonale rettsordenen i hver enkelt EØS-stat å fastsette regler for rettslige prosedyrer for å sikre beskyttelse av de rettighetene EØS-retten gir enkeltpersoner, samtidig som kravene til ekvivalens og effektivitet overholdes. Dette innebærer at prosessreglene som gjelder for beskyttelse av rettigheter etter EØS-retten, ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende nasjonale situasjoner (ekvivalensprinsippet), og at de ikke må være utformet på en slik måte at det i praksis er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter som følger av EØS-retten (effektivitetsprinsippet) (se dom 4. juli 2023, *RS* mot *Steuerverwaltung des Fürstentums Liechtenstein*, E-11/22, avsnitt 55 og rettspraksis som det vises til der).

87 I lys av det foregående er svaret på spørsmål 2 at direktivet artikkel 32 ikke får anvendelse, hverken direkte eller ved analogi, på en situasjon der et innreise- og oppholdsforbud ikke er begrunnet med at det foreligger en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot offentlig orden eller offentlig sikkerhet.

Spørsmål 3

88 Ved sitt tredje spørsmål søker den anmodende domstolen i hovedsak veiledning om direktivet artikkel 36 eller andre EØS-rettslige forpliktelser begrenser EØS-statenes adgang til å straffe brudd på nasjonale vedtak om innreiseforbud. Høyesterett spør særlig om det finnes noen begrensninger på EØS-statenes bruk av sanksjoner i en sak som den foreliggende når det gjelder straffart og -utmåling.

89 Direktivet artikkel 36 fastsetter at EØS-statene skal fastsette bestemmelser om sanksjoner for overtredelser av nasjonale bestemmelser som vedtas for gjennomføringen av direktivet, og skal treffe de tiltak som er nødvendige for å anvende dem. Artikkel 36 får derfor ikke anvendelse på en situasjon som den hovedsaken gjelder.

90 Videre peker EFTA-domstolen på at det synes å fremgå av anmodningen at det var et krav at MH søkte om å få innreiseforbudet opphevet forut for innreise til Norge. Som angitt i det ovenstående, ville det å kreve at en berettiget person etter direktivet som har fått et vedtak om innreiseforbud som ikke var hjemlet i den rettslige rammen som gjennomfører direktivet, i alle situasjoner må søke om å få innreiseforbudet opphevet

for å kunne påberope seg sin rett til innreise og opphold, medføre en begrensning på vedkommendes utøvelse av disse rettighetene som ikke har hjemmel i direktivet, og ville dermed frata direktivet dets effektivitet.

91 EØS-statene kan ikke forby atferdsformer som EØS-retten krever eller tillater, og følgelig ikke ilegge enkeltpersoner straff som er i strid med disse forbudene (jf. f.eks. dom 5. april 1979 i *Ratti*, 148/78, EU:C:1979:110, avsnitt 24, og dom 17. april 2008 i *Van Leuken*, C-197/06, EU:C:2008:229, avsnitt 42 og rettspraksis som det vises til der).

92 I denne sammenheng bør det pekes på at overholdelse av direktivet artikkel 27 er særlig påkrevd dersom EØS-staten ønsker å straffe en tredjelandsborger for å ha reist inn på og/eller oppholdt seg på dens territorium i strid med nasjonal utlendingslovgivning forut for at vedkommende ble familiemedlem til en EØS-borger (jf. dommen i *Metock m.fl.*, C-127/08, EU:C:2008:449, avsnitt 96).

93 Som nevnt over, har en person som MH, etter å ha fått avledede rettigheter til fri bevegelighet etter direktivet som familiemedlem til en EØS-borger, rett til innreise og/eller opphold på territoriet til sin ektefelles EØS-hjemstat. I fravær av en ny vurdering i samsvar med direktivet er hans eller hennes tilstedeværelse på territoriet til EØS-staten derfor lovlig etter EØS-retten. Følgelig kan en slik person ikke ilegges sanksjoner etter nasjonal lovgivning for brudd på det opprinnelige innreiseforbudet ved å utøve de avledede rettighetene vedkommende har etter direktivet.

94 Svaret på det tredje spørsmålet blir dermed at overholdelse av direktivet artikkel 27 er særlig påkrevd der EØS-staten ønsker å straffe en tredjelandsborger for å ha reist inn på og/eller oppholdt seg på dens territorium i strid med nasjonal utlendingslovgivning forut for at vedkommende ble familiemedlem til en EØS-borger. I fravær av en ny vurdering i samsvar med direktivet er hans eller hennes tilstedeværelse på territoriet til EØS-staten lovlig etter EØS-retten. En slik person kan derfor ikke ilegges sanksjoner etter nasjonal lovgivning for brudd på det opprinnelige innreiseforbudet ved å utøve de avledede rettighetene vedkommende har etter direktivet.

IV SAKSOMKOSTNINGER

95 Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør et ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstolen, ligger det til denne domstolen å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelsen av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

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

1. **Reglene fastsatt i kapittel VI 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, må tolkes slik at de ikke tillater en EØS-stat å nekte en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger, innreise og opphold på dens territorium bare med den begrunnelse at tredjelandsborgeren tidligere var gjenstand for et innreiseforbud på grunnlag av nasjonale tiltak som var ilagt i forbindelse med tidligere overtredelser, på et tidspunkt før han eller hun hadde oppnådd avledede rettigheter til fri bevegelighet etter direktivet, uten forutgående kontroll av at vedkommendes tilstedeværelse på EØS-statens territorium utgjorde en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse etter direktivet artikkel 27 nr. 2.**

2. **Direktiv 2004/38/EF artikkel 32 får ingen anvendelse, hverken direkte eller ved analogi, på en situasjon der et innreise- og oppholdsforbud ikke er begrunnet med at det foreligger en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot offentlig orden eller offentlig sikkerhet.**

3. **Overholdelse av direktiv 2004/38/EF artikkel 27 er særlig påkrevd der EØS-staten ønsker å straffe en tredjelandsborger for å ha reist inn på og/eller oppholdt seg på dens territorium i strid med nasjonal utlendingslovgivning forut for at vedkommende ble familiemedlem til en EØS-borger. I fravær av en ny vurdering i samsvar med direktivet er hans eller hennes tilstedeværelse på territoriet til EØS-staten lovlig etter EØS-retten. Følgelig kan en slik person ikke ilegges sanksjoner etter nasjonal lovgivning for brudd på det opprinnelige innreiseforbudet ved å utøve de avledede rettighetene vedkommende har etter direktivet.**

Páll Hreinsson Bernd Hammermann Michael Reiertsen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 2. juli 2024.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President