DOMSTOLENS DOM
26. juli 2016*

(direktiv 2004/38/EF – oppholdsrett – avledede rettigheter for tredjelandsborgere)

I sak E-28/15

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

Yankuba Jabbi

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda

om tolkningen av artikkel 7 nr. l bokstav b) sammenholdt med artikkel 7 nr. 2 i direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Christiansen og Páll Hreinsson (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

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

- Yankuba Jabbi ("saksøker"), representert ved advokat Arild Humlen og advokatfullmektig Elise Nygård,

- Den norske stat ("saksøkte") v/Utlendingsnemnda (UNE), representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentant,

---

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

- Liechtensteins regjering, representert ved Dr Andrea Entner-Koch, Director, og Thomas Bischof, Deputy Director, EEA Coordination Unit, som partsrepresentanter,

- EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"), representert ved Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og

- Europakommisjonen ("Kommisjonen"), representert ved Elisabetta Montaguti og Michael Wilderspin, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra saksøkte, representert ved Pål Wennerås; Liechtensteins regjering, representert ved Dr Andrea Entner-Koch og Thomas Bischof; ESA, representert ved Maria Moustakali og Marlene Lie Hakkebo; og Kommisjonen, representert ved Elisabetta Montaguti og Michael Wilderspin, i rettsmøte 19. april 2016,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EU-rett

1 Artikkel 20 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte ("TEUV") lyder:

> *1. Det innføres et unionsborgerskap. Unionsborger er enhver som er statsborger i en medlemsstat. Unionsborgerskapet kommer i tillegg til og erstatter ikke statsborgerskap.*
>
> *2. Unionsborgere har de rettigheter og plikter som er fastsatt i traktatene. De har blant annet*
>
> *(a) rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium,*
>
> *(b) stemmerett og rett til å stille som kandidat ved valg til Europaparlamentet og ved kommunale valg i bostedsstaten, på samme vilkår som statsborgerne i denne staten,*
>
> *(c) rett til beskyttelse på territoriet til en tredjestat der medlemsstaten der vedkommende er statsborger, ikke er representert, av enhver medlemsstats*

diplomatiske og konsulære myndigheter, på samme vilkår som for statsborgere i denne medlemsstaten,

(d) rett til å rette en anmodning til Europaparlamentet og henvende seg til Det europeiske ombud samt til Unionens institusjoner og rådgivende organer på et av traktatens språk og få svar på samme språk.

Rettighetene skal utøves i samsvar med de vilkår og begrensninger som er fastsatt i traktatene og i de gjennomføringsbestemmelser som vedtas i henhold til dem.

2 TEUV artikkel 21 nr. 1 og 2 lyder:

1. Enhver unionsborger har rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, i samsvar med de vilkår og begrensninger som er fastsatt i traktatene og i de gjennomføringsbestemmelser som vedtas i henhold til dem.

2. Dersom et tiltak fra Unionens side viser seg å være nødvendig for å nå dette målet og traktatene ikke inneholder den nødvendige hjemmel, kan Europaparlamentet og Rådet etter den ordinære regelverksprosessen vedta bestemmelser med sikte på å gjøre det lettere å utøve rettighetene omhandlet i nr. 1.

EØS-rett

3 Artikkel 28 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ("EØS-avtalen") 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.

[...]

4 EØS-avtalen vedlegg VIII nr. 6 viste til rådsdirektiv 90/364/EØF av 28. juni 1990 om oppholdsrett ("direktiv 90/364").

5 Betraktningene 1, 2, 3, 4 og 5 i direktiv 90/364 lyder:

Etter traktatens artikkel 3 bokstav c) skal Fellesskapets virksomhet, på de vilkår traktaten fastsetter, gå ut på å fjerne hindringer for den frie bevegelighet for personer mellom medlemsstatene.

Traktatens artikkel 8 A fastsetter at det indre marked skal opprettes senest 31. desember 1992. Det indre marked skal omfatte et område uten indre grenser, med fritt varebytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital i samsvar med traktatens bestemmelser.

Medlemsstatenes bestemmelser om oppholdsrett for andre medlemsstaters borgere skal harmoniseres for å sikre denne frie bevegelighet.

Personer med rett til opphold skal ikke bli en urimelig byrde for vertsstatens offentlige finanser.

Oppholdsretten kan bare utøves reelt dersom den også gis medlemmene av familien.

6 Direktiv 90/364 artikkel 1 lyder:

1. Medlemsstatene skal gi oppholdsrett til medlemsstaters borgere som ikke har slik rett i henhold til andre bestemmelser i felleskapsretten, samt til medlemmer av deres familie som definert i nr. 2, forutsatt at borgerne og deres familiemedlemmer omfattes av en sykeforsikring som dekker alle risikoer i vertsstaten, og dessuten har tilstrekkelige midler til ikke å bli en byrde for vertsstatens sosialhjelpsystem under oppholdet.

Midlene nevnt i første ledd skal anses som tilstrekkelige dersom de, når det tas hensyn til søkerens personlige forhold og eventuelt forholdene for de personer som får oppholdsrett i henhold til nr. 2, overstiger det nivå som i vertsstaten gir rett til sosial stønad for dens egne statsborgere.

Når annet ledd ikke kan komme til anvendelse, skal søkerens midler anses som tilstrekkelige dersom de overstiger den minstepensjon som utbetales i vertsstaten.

2. Følgende personer skal, uavhengig av statsborgerskap, ha rett til opphold i en annen medlemsstat sammen med innehaveren av oppholdsretten:

a) ektefellen samt innehaverens og ektefellens etterkommere som forsørges,

b) slektninger i oppstigende linje av oppholdsrettens innehaver og vedkommendes ektefelle, når de forsørges av vedkommende.

7 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 93/36/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, og EØS-tillegg 2012 nr. 5, s. 243) ("direktivet") ble innarbeidet i EØS-avtalens vedlegg V punkt 1 og vedlegg VIII punkt 3 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 ("EØS-komiteens beslutning"), som trådte i kraft 1. mars 2009.

8 Betraktningene 8 og 9 i EØS-komiteens beslutning lyder:

8) Begrepet "unionsborgerskap" inngår ikke i avtalen.

9) Innvandringspolitikk omfattes ikke av avtalen.

9 EØS-komiteens beslutning artikkel 1 lyder:

[...]

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

[...]

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

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

[...]

10 Vedlagt EØS-komiteens beslutning var en felleserklæring fra beslutningens avtaleparter. Denne erklæring lyder:

Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten (nå EF-traktatens artikkel 17 ff) 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.

11 Betraktning 1 i fortalen til direktivet lyder:

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

12 Betraktning 3 i fortalen til direktivet lyder:

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

13 Betraktning 5 i fortalen til direktivet lyder:

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

14 Direktivet artikkel 1 lyder:

I dette direktiv fastsettes:

a) vilkår for statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statenes og deres familiemedlemmers utøvelse av retten til fri bevegelighet og fritt opphold på medlemsstatenes territorium,

[...]

15 Direktivet artikkel 2 lyder:

I dette direktiv menes med:

[…]

2. "familiemedlem"

a) ektefelle,

[...]

3. "vertsstat" den medlemsstat som en statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene flytter til for å utøve sin rett til fri bevegelighet og fritt opphold.

16 Direktivet artikkel 3 nr. 1 lyder:

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.

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

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.

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

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).

[...]

Nasjonal rett

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

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

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

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

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

(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

[...]

II Faktum og saksgang

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

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

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

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

26 Ved brev 9. november 2015, registrert 18. november 2015, stilte tingretten EFTA-domstolen følgende spørsmål:

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

27 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

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

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

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

30 Hovedformålet med EØS-avtalen var ifølge saksøker å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene, ved å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde som er grunnlagt på felles regler. Saksøker konkluderer med at målet om ensartethet må være avgjørende for tolkningen av direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b).

31 Saksøker påpeker at etter EU-retten kan avledede rettigheter i tilsvarende situasjoner som i den foreliggende sak baseres på begrepet unionsborgerskap fastsatt i TEUV artikkel 20 og 21, som følge av Den europeiske unions domstols ("EU-domstolen") dom i *O. og B.* (C-456/12, EU:C:2014:135). Saksøker erkjenner at begrepet unionsborgerskap ikke har noen parallell i EØS-retten. Uavhengig av dette hevder han at retten til fri bevegelighet må være ensartet i hele EØS.

32 Saksøker anfører at dommen i *O. og B.* gir grunnlag for å tolke og anvende direktivet i samsvar med TEUV artikkel 21 og dermed i samsvar med prinsippet om ensartethet. Uten en slik fortolkning vil retten til fri bevegelighet for EØS-borgere bli hindret. Som videre støtte for dette viser saksøker til EFTA-domstolens praksis (sak E-26/13 *Gunnarsson*, Sml. 2014 s. 254).

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

34 Saksøkte, som støttes av Liechtenstein, anfører at det forelagte spørsmål allerede har blitt besvart i *O. og B.* EU-domstolen kom der til at direktivet ikke gir avledede rettigheter til opphold for tredjelandsborgere i medlemsstaten der deres referansepersoner er statsborgere, og at en slik avledet rettighet bare kan etableres på grunnlag av TEUV artikkel 21 nr. 1.

35 Saksøkte påpeker at EØS-avtalen ikke inneholder noen bestemmelse som tilsvarer TEUV artikkel 21. Saksøkte understreker videre at EFTA-domstolen i *Gunnarsson* påpekte at direktivet ikke kan introdusere rettigheter i EØS-avtalen basert på begrepet unionsborgerskap i TEUV artikkel 21 nr. 1.

36 Saksøkte anfører at bestemmelsene om fri bevegelighet for personer i artiklene 28, 31 og 36 i EØS-avtalens hoveddel ikke får anvendelse siden det er enighet om at Amoh ikke drev økonomisk aktivitet i Spania. Amohs opphold i Spania kan derfor bare ha vært

basert på direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b) og underlagt vilkårene i denne bestemmelse. Det er omtvistet om Amoh oppfylte alle disse vilkår.

37 Saksøkte erkjenner at ensartet tolkning og anvendelse av felles regler er avgjørende for at det indre marked skal virke effektivt i EØS. Prinsippet om ensartethet leder derfor til en formodning om at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EU-retten, skal tolkes på samme måte (det vises til sak E-2/06 *ESA* mot *Norge*, Sml. 2007 s. 164 (avsnitt 59)). Motsetningsvis har EFTA-domstolen gjentatte ganger avvist oppfordringer om å støtte seg, ved analogi eller tolkning, på bestemmelser i EU-retten som ikke har blitt innlemmet i EØS-retten. Saksøkte anfører at prinsippet om ensartethet følgelig krever at bestemmelsene i direktivet, som er regler felles for EØS og EU, må tolkes på en ensartet måte og i samsvar med dommen i *O. og B.* Rettighetene nevnte dom etablerer på grunnlag av TEUV artikkel 21 nr. 1, kan derimot ikke innarbeides ved analogi når direktivet fortolkes.

38 ESA, som støttes av Kommisjonen, gjør gjeldende at formålet med å innføre en avledet rett til opphold for familiemedlemmer til EØS-borgere er å sikre at retten til fri bevegelighet i EØS er reell og effektiv.

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

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

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

42 Når det gjelder spørsmålet om direktivet artikkel 7 kan anvendes overfor en EØS-borgers hjemstat, gjør ESA gjeldende at EFTA-domstolen i *Gunnarsson* la til grunn at artikkel 7 nr. 1 bokstav b) kan påberopes av EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, og som har utøvd sin rett til fri bevegelighet, mot EØS-staten der de er statsborgere. ESA hevder at det samme prinsipp gjelder i den foreliggende sak. For at en rett til opphold virkelig skal være effektiv, må hjemstaten også forbys å hindre utøvelsen av

retten. Likeledes kan ikke mulighetene direktivet gir, være fullt ut effektive om en borger av en EØS-stat kan bli forhindret fra å benytte seg av dem fordi han ved retur til hjemlandet møtes med hindringer i lovgivning som straffer ham for å ha benyttet seg av disse muligheter.

43 Til tross for det faktum at unionsborgerskap ikke eksisterer etter EØS-avtalen, argumenterer ESA for et resultat som sikrer ensartethet. Den frie bevegelighet for EFTA-borgere bør ha samme omfang som for EU-borgere. Fraværet av et borgerskapsbegrep i EØS-avtalen innebærer at direktivet bør gis en viktigere rolle i EØS-sammenheng. Dets virkeområde må derfor gjøres bredere, basert på effektivitetsprinsippet.

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

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

46 Kommisjonen oppgir tre grunner til at resultatet i saken *O. og B.* ikke får anvendelse i den foreliggende sak. For det første tar konklusjonen i nevnte sak, som angivelig er basert på *McCarthy I* (C-434/09, EU:C:2011:277), ikke hensyn til det faktum at sistnevnte sak gjaldt en rent intern situasjon. For det andre må EU-domstolens slutning i *O. og B.* vedrørende anvendelsen av direktivet leses i sammenheng med EU-domstolens konklusjon i samme dom om muligheten for å anvende direktivet ved analogi. For det tredje kan dommen i *O. og B.* ikke anses for å være det siste ord om spørsmålet. EU-domstolen indikerte nemlig i *McCarthy II* (C-202/13, EU:C:2014:2450) at direktivet faktisk kan få anvendelse på situasjoner som i den foreliggende sak. Kommisjonen gjør gjeldende at EFTA-domstolen bør følge samme metode i den foreliggende sak, og legger til at et slikt resultat vil være i samsvar med *Gunnarsson*.

47 Dersom EFTA-domstolen ikke skulle være enig i de foregående argumenter, hevder Kommisjonen at henvisningen til en rettighet etter TEUV artikkel 21 nr. 1 i *O. og B.* må ses i sammenheng med den rettspraksis man der baserte seg på, særlig dommene i *Singh* (C-370/90, EU:C:1992:296) og *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771). Henvisningen til TEUV artikkel 21 i *O. og B.* betyr dermed ikke at prinsippene som ble fastsatt i *Singh* og *Eind*, som er basert på fri bevegelighet snarere enn på borgerskap, ikke lenger får anvendelse. Denne rettspraksis, som gjaldt omstendigheter som forelå før direktivet trådte i kraft, får fremdeles anvendelse ved fortolkning av EØS-retten i situasjoner der

en EØS-borger tidligere har utøvd sin rett til fri bevegelighet som arbeidstaker. I den foreliggende sak er spørsmålet imidlertid basert på det premiss at EØS-borgeren hadde ervervet en rett til opphold i Spania som ikke-økonomisk aktiv person. Slike situasjoner er blitt behandlet av EFTA-domstolen i *Gunnarsson*, og EFTA-domstolens logikk i nevnte sak kan derfor følges i den foreliggende sak.

Rettens bemerkninger

48 Den anmodende domstol spør i hovedsak om en tredjelandsborger, som er familiemedlem til en EØS-borger som etter retur fra en annen EØS-stat oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, etter EØS-retten har en avledet rett til opphold i sistnevnte EØS-stat.

Generelle bemerkninger

49 Fri bevegelighet av personer er en av de grunnleggende rettigheter i EUs indre marked. Et felles, velfungerende arbeidsmarked ble ansett som viktig for å oppnå målet om økonomisk utvikling og integrasjon for det begynnende EU-samarbeid. Statene i Det europeiske kull- og stålfellesskap ble derfor enige om å oppheve alle hindringer basert på nasjonalitet ved ansettelse i kull- og stålindustrien for arbeidstakere som var statsborgere i disse stater.

50 Et felles arbeidsmarked ville ikke fungere tilfredsstillende dersom migrerende arbeidere var hindret fra å opprettholde et etablert familieliv. En slik begrensning ville hemme mobiliteten på arbeidsmarkedet. Fra et tidlig stadium i integrasjonen fikk en arbeidstaker og hans familiemedlemmer derfor rett til å opprettholde sitt familieliv når arbeidstakeren var sysselsatt utenfor sin opprinnelsesstat, det vil si hans hjemstat.

51 Senere ble den frie bevegelighet for personer utvidet. Således ble begrepet fri bevegelighet utvidet i lovgivningen. Særlig ble begrepet utvidet til å omfatte studenter og andre økonomisk inaktive personer. Studenter søker utdanning med sikte på å komme inn på arbeidsmarkedet, og andre økonomisk inaktive personer har i de fleste tilfelle deltatt på arbeidsmarkedet.

52 Utøvelsen av den frie bevegelighet for personer er betinget. Særlig krever EU-retten at økonomisk inaktive personer skal ha tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer, slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem. Dette vilkår er ment å beskytte vertsstatens fiskale interesser ved å likestille en persons egne midler med de finansielle bidrag til sosialhjelpssystemet deltakelse i arbeidsmarkedet ville ha medført. Et vilkår om å ha sykeforsikring med full dekning gjelder også.

53 Omfanget av den frie bevegelighet for personer ble presisert i rettspraksis. I *Singh*, som omtalt over, fastslo EU-domstolen at en arbeidstaker har rett til å returnere til sin hjemstat i EU med sine familiemedlemmer. EU-domstolen pekte på at en arbeidstaker kunne bli hindret fra å utøve sin rett til fri bevegelighet dersom hans familiemedlemmer ikke hadde rett til innreise og opphold sammen med ham når han vendte tilbake til sin

hjemstat i EU. En slik virkning måtte ses som en hindring for å reise fra hjemstaten i utgangspunktet. Derfor kan en EU-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet for å arbeide i en annen EU-stat, påberope seg EU-retten når han returnerer til hjemstaten med en ektefelle fra et tredjeland. Ifølge *Eind*, som omtalt over, kan en EU-borger også påberope seg EU-retten når han som en økonomisk inaktiv person vender tilbake til hjemstaten sammen med et familiemedlem fra et tredjeland, forutsatt at han har utøvd sine EU-rettigheter.

54 Den europeiske enhetsakt ble vedtatt i 1986. Ett av målene med den var å etablere et indre marked uten grenser. Maastricht-traktaten fra 1992 bygget videre på dette. Begrepet unionsborgerskap ble innført i Maastricht-traktaten. Begrepet kommer nå til uttrykk i TEUV del II. Unionsborger er enhver som er statsborger i en medlemsstat. Unionsborgerskapet kommer i tillegg til statsborgerskap i en EU-stat og medfører visse rettigheter etter EU-retten. Etter TEUV artikkel 21 nr. 1 har en unionsborger rett til å ferdes og oppholde seg fritt på EU-statenes territorium, i samsvar med de vilkår og begrensninger som er fastsatt i EU-retten. Etter andre bestemmelser i TEUV del II har unionsborgere politiske rettigheter, herunder visse rettigheter som angår valg, og rett til å rette en anmodning til Europaparlamentet og å henvende seg til Det europeiske ombud.

55 Unionsborgerskapet innebærer fri bevegelighet for personer. EU-domstolen har lagt til grunn at unionsborgerskapet er forutbestemt til å bli den grunnleggende status for borgere i medlemsstatene (se for eksempel dommen i *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458 (avsnitt 31)).

56 Direktivet ble vedtatt i 2004. Det opphevet og erstattet en rekke EU-rettsakter, herunder følgende: direktiv 64/221/EØF om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen, direktiv 68/360/EØF om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for arbeidstakere fra medlemsstatene og deres familie, direktiv 72/194/EØF om arbeidstakeres rett til å bli boende på en medlemsstats territorium etter å ha hatt arbeid der, direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett, direktiv 90/365/EØF om oppholdsrett for lønnsmottakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet, direktiv 93/96/EØF om studenters oppholdsrett, samt forordning (EØF) nr. 1612/68 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet.

57 I betraktningene 3 og 5 i fortalen til direktivet uttrykkes behovet for å konsolidere og gjennomgå eksisterende rettsakter som hver for seg omhandler lønnstakere, selvstendig næringsdrivende samt studenter og andre personer utenfor arbeidsstyrken, for å forenkle og styrke retten til fri bevegelighet og fritt opphold for alle unionsborgere. Videre legges det til grunn at for at alle unionsborgere skal kunne utøve retten til å ferdes og oppholde seg fritt på EU-statenes territorium på objektive vilkår som sikrer frihet og verdighet, bør også familiemedlemmer gis denne rett, uavhengig av statsborgerskap.

58 Direktivet er basert på artiklene 12, 18, 40, 44 og 52 i traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap. De tilsvarende bestemmelser i TEUV er artikkel 18 om forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, artikkel 21 om unionsborgernes rett til fri bevegelighet og fritt opphold, artikkel 46 om tiltak for å gjennomføre fri

bevegelighet for arbeidstakere, artikkel 50 om direktiver for å oppnå etableringsadgang og artikkel 59 om direktiver for å gjennomføre liberaliseringen av en bestemt tjeneste.

59 Rettsutviklingen beskrevet over ble gjenspeilet i EØS-avtalen da den trådte i kraft 1. januar 1994. Etter femte betraktning i fortalen til EØS-avtalen er avtalepartene bestemt på å sørge for den størst mulige gjennomføring av de fire friheter, herunder fri bevegelighet for personer, i hele EØS. Målet om å fjerne hindringene for den frie bevegelighet for personer gjenspeiles også i EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2 og dagjeldende artikkel 3 bokstav c) i traktaten om Det europeiske økonomiske fellesskap ("EØF-traktaten").

60 EØS-avtalen artikkel 28, i del III om fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital, tilsvarer EØF-traktaten artikkel 48, nå TEUV artikkel 45. EØS-avtalen artikkel 28 gir arbeidstakere rett til fri bevegelighet. Denne frihet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstakere fra EU- og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår på EØS-markedet. Friheten er en del av kjernen i EØS-avtalen. Hensynet til ensartethet har derfor stor vekt.

61 Direktiv 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF var en del av EØS-avtalen da denne trådte i kraft, og var vist til i EØS-avtalens vedlegg VIII om etableringsrett. Følgelig omfattet EØS-retten den frie bevegelighet for personer som arbeidstakere og som økonomisk inaktive EØS-borgere, i begge tilfelle inklusive deres familiemedlemmer.

62 EFTA-domstolen peker på at de to EØS-pilarer har utviklet seg i forskjellig retning siden EØS-avtalen ble undertegnet i 1992. Avstanden mellom dem har økt med årene. EU-traktatene har blitt endret fire ganger siden da, mens EØS-avtalens hoveddel i det alt vesentlige er uendret. Denne utvikling har skapt visse avvik når det gjelder primærlovgivning. Avhengig av omstendighetene kan dette forhold få betydning for hvordan EØS-avtalen tolkes.

63 EØS-komiteens beslutning som innarbeider direktivet i EØS-avtalen definerer begrepet unionsborger for EØS-avtalens formål som borgere av EU-statene og EFTA-statene. Følgelig kan EØS-borgere benytte seg av den frie bevegelighet for personer etter EØS-retten og dermed fritt ferdes i det indre marked i samsvar med vilkår fastsatt i EØS-retten.

64 Avtalepartene uttalte i en felleserklæring vedlagt nevnte beslutning at unionsborgerskap ikke har noen parallell i EØS-avtalen, og at EØS-avtalen ikke medfører noe rettslig grunnlag for politiske rettigheter. Imidlertid var avtalepartene også enige om at rettigheter direktivet gir til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalen, må være omfattet siden disse rettigheter er knyttet til retten til fri bevegelighet for borgere av EU-statene og EFTA-statene. Avtalepartene kan ikke antas å ha hatt til hensikt at innføringen av unionsborgerskapet i EU-retten skulle hindre videre utvikling av den frie bevegelighet for personer i EØS.

65 I *O. og B.*, som omtalt over, la EU-domstolen til grunn at TEUV artikkel 21 nr. 1 må tolkes slik at når en unionsborger under et reelt opphold har etablert eller styrket et familieliv med en tredjelandsborger, i henhold til og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2, i en annen medlemsstat enn den han er statsborger i, kommer direktivets bestemmelser til anvendelse ved analogi dersom unionsborgeren vender tilbake til sin hjemstat sammen med det aktuelle familiemedlem. Derfor bør vilkårene for å gi en avledet oppholdsrett til en tredjelandsborger som er familiemedlem til nevnte unionsborger, i sistnevntes hjemstat, i prinsippet ikke være strengere enn vilkårene fastsatt i nevnte direktiv for å gi en avledet rett til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en unionsborger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet ved å etablere seg i en annen medlemsstat enn den han er statsborger i (se *O. og B.*, som omtalt over (avsnitt 61)).

66 I dommen baserte EU-domstolen seg på et rettslig grunnlag som ikke foreligger i EØS, mens anvendelsen av direktivet for det meste synes å ha blitt avvist. Følgelig kunne et ulikt beskyttelsesnivå for retten til fri bevegelighet for personer innenfor EØS oppstå. Dersom EFTA-domstolen sikrer samme beskyttelsesnivå i EØS, må den imidlertid forklare hvorfor EU-domstolens uttalelse om direktivet i *O. og B.* ikke er avgjørende.

67 For å vurdere hvilke konsekvenser EU-domstolens konklusjoner i *O. og B.* har for tolkningen av EØS-retten, må dommen leses i sin riktige rettslige sammenheng. Denne sammenheng inneholder begrepet unionsborgerskap. EU-domstolen baserte ikke sin hovedkonklusjon på direktivet. Videre ble rettspraksis etter *Singh* og *Eind* ansett å komme til anvendelse etter TEUV artikkel 21 nr. 1 på familiemedlemmer av unionsborgere ved retur til hjemstaten. EU-domstolen la til grunn at en slik avledet rett søker å fjerne hindringer for å reise fra hjemstaten ved å garantere at borgeren ved retur til hjemstaten kan fortsette et familieliv som er etablert eller styrket i vertsstaten (se *O. og B.*, som omtalt over (avsnitt 48 og 49)).

Svar på det forelagte spørsmål

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

69 Saken forelagt EFTA-domstolen gjelder en norsk statsborger som har hatt opphold i Spania, der hun giftet seg med en tredjelandsborger. Hun vendte senere tilbake til Norge, hvor tredjelandsborgeren søkte familiegjenforening.

70 I femtende betraktning i fortalen til EØS-avtalen fastslår avtalepartene at målet er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i EU-retten som i det vesentlige er gjengitt i hoveddelen og vedleggene, og videre å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere med hensyn til de fire friheter. Det fremgår imidlertid av samme betraktning at man skal

komme frem til en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen, med full respekt for domstolenes uavhengighet.

71 Uten uavhengighet i sin dømmende virksomhet kunne domstolene ikke påberope seg legitimitet. Enhver domstol må utøve sin myndighet på grunnlag av de relevante rettskilder. En sentral rettskilde for EFTA-domstolen er rettspraksis fra EU-domstolen og Underretten. Denne rettspraksis må likevel leses i sin sammenheng. Vanligvis byr ikke dette på spesielle problemer siden sammenhengen vil være den samme. Når det gjelder rettskilder i den foreliggende sak, har imidlertid EU-domstolen delvis utelukket anvendelsen av direktivet og i stedet anvendt begrepet unionsborgerskap i utviklingen av den frie bevegelighet for personer i EU.

72 I EØS-sammenheng fastsetter direktivet artikkel 7 nr. 1 at alle EØS-borgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen EØS-stat i et tidsrom på over tre måneder, dersom de oppfyller et av vilkårene i bokstav a) til d). Den foreliggende sak gjelder artikkel 7 nr. 1 bokstav b). Denne bestemmelse gir oppholdsrett på betingelse av (i) at EØS-borgeren har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer til ikke å bli en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, og (ii) at de har sykeforsikring med full dekning i vertsstaten. Etter artikkel 7 nr. 2 skal denne oppholdsrett også omfatte familiemedlemmer som ikke er borgere i en EØS-stat, når de kommer sammen med eller slutter seg til EØS-borgeren i vertsstaten.

73 EFTA-domstolen antar at referansepersonen hadde lovlig opphold i Spania i over tre måneder. I motsatt fall kan referansepersonen ikke sies å ha benyttet seg av EØS-retten for å etablere en avledet rett som familiemedlem for en tredjelandsborger. Det tilkommer den anmodende domstol å avklare de respektive fakta.

74 Den betingede oppholdsrett etter direktivet artikkel 7 gjelder "på territoriet til en annen medlemsstat". Denne formulering gjenspeiler det faktum at en EØS-borger etter EØS-retten har rett til å oppholde seg i andre EØS-stater. Denne oppholdsrett kan bare utøves dersom EØS-borgeren faktisk flytter fra hjemstaten.

75 Siden artikkel 7 nr. 1 bokstav b) gir en EØS-borger rett til fritt å flytte fra hjemstaten og bosette seg i en annen EØS-stat, kan ikke en EØS-stat hindre sine borgere i å flytte til en annen EØS-stat som ledd i utøvelsen av fri bevegelighet etter EØS-retten (se *Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 82)).

76 I den foreliggende sak har den anmodende domstol brakt på det rene at en norsk borger giftet seg med en tredjelandsborger og bodde sammen med ham i Spania og at referansepersonen ikke drev med økonomisk aktivitet under sitt opphold der. Spørsmålet er da om å nekte tredjelandsborgeren en avledet rett til opphold i Norge, når den norske borger vender tilbake til Norge, utgjør en hindring for den norske borgers rett til fri bevegelighet etter EØS-retten.

77 En EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet må ikke hindres i å utøve denne rett ved at ektefellen hindres i å reise inn og oppholde seg i EØS-borgerens hjemstat. Følgelig krever EØS-retten at når en EØS-borger som har benyttet seg av retten til fri

bevegelighet, vender tilbake til hjemstaten, må hans ektefelle gis en avledet rett til opphold i samme stat (se, for sammenligning, *Eind*, som omtalt over (avsnitt 35 og 36)). Med andre ord har EU-domstolen i sin praksis anerkjent at enkeltpersoner som utøver sin rett til fri bevegelighet kan påberope seg denne rett overfor hjemstaten.

78 Denne rettspraksis gjelder EØS-borgere som har drevet en økonomisk aktivitet i en annen EØS-stat. Imidlertid kan økonomisk inaktive EØS-borgere etter artikkel 7 nr. 1 bokstav b) nyte retten til å oppholde seg i en annen EØS-stat, forutsatt at de har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem, og har sykeforsikring med full dekning.

79 EU-domstolens begrunnelse i *Eind*-dommen er like relevant i en situasjon der en inaktiv person som har utøvd sin rett til fri bevegelighet etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b), returnerer til hjemstaten med en ektefelle som er tredjelandsborger. En rett til fritt å flytte fra hjemstaten til en annen EØS-stat kan ikke bli oppnådd fullt ut dersom denne person kan hindres i å utøve friheten ved at hjemstaten har satt opp hindringer for ektefellens rett til opphold (se, for sammenligning, *Gunnarsson*, som omtalt over (avsnitt 82)).

80 En avledet rett til opphold for en tredjelandsborger i ektefellens hjemstat er imidlertid betinget. I tillegg til kravene om tilstrekkelige midler og sykeforsikring, må følgende vilkår være oppfylt. For det første må EØS-borgerens opphold i vertsstaten ha vært reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten. Oppholdet i vertsstaten må være av minst tre måneders sammenhengende varighet. For det andre kan EØS-statene etter direktivet artikkel 35, med de begrensninger som følger av forholdsmessighetsprinsippet og garantiene for rett saksbehandling fastsatt i direktivet, treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter etter direktivet ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, som for eksempel proformaekteskap. På spørsmål fra retten opplyste representanten for saksøkte at det i saken for den nasjonale domstol så langt ikke hadde kommet frem noen anførsler om misbruk av rettigheter. For det tredje kan begrensninger i rettigheter som gis gjennom direktivet begrunnes i hensynet til offentlig orden, sikkerhet eller helse, jf. direktivet artikkel 27 nr. 1.

81 EFTA-domstolen legger til at alle EØS-stater har undertegnet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv. Ifølge fast rettspraksis skal EØS-avtalens bestemmelser fortolkes på bakgrunn av grunnleggende rettigheter (se sak E-4/11 *Arnulf Clauder*, Sml. 2011 s. 216 avsnitt 49 og den rettspraksis som det vises til der).

82 Svaret på det forelagte spørsmål må derfor bli at i en situasjon der en EØS-borger i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b) og artikkel 7 nr. 2 har etablert eller styrket et familieliv med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en annen EØS-stat enn den han er statsborger i, vil bestemmelsene i nevnte direktiv ved analogi komme til anvendelse på en situasjon der EØS-borgeren returnerer til hjemstaten sammen med familiemedlemmet.

IV Saksomkostninger

83 Omkostninger som er påløpt for Liechtensteins regjering, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden 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 spørsmålet forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

I en situasjon der en EØS-borger i samsvar med direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) og artikkel 7 nr. 2 har etablert eller styrket et familieliv med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en annen EØS-stat enn den han er statsborger i, vil bestemmelsene i nevnte direktiv ved analogi komme til anvendelse på en situasjon der EØS-borgeren returnerer til hjemstaten sammen med familiemedlemmet.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 26. juli 2016.

Theresa Haas
Fungerende justissekretær

Carl Baudenbacher
President