EFTA-DOMSTOLENS DOM
12 desember 2024*

(*EØS-avtalen artikkel 28 – Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 – Flytting til en annen EØS-stat med barn – Nødvendigheten av restriksjon som krever samtykke eller en domstols tillatelse – Felles foreldreansvar – Fast bosted – Barnets beste*)

I sak E-15/24,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett i saken mellom

A

og

B

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, og artikkel 28 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, avsier

DOMSTOLEN,

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

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

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

---

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

- A, representert ved advokat Johanne Førde,

- B, representert ved advokat Gjermund Mathiesen,

- den norske stat, representert ved Lotte Tvedt og Fredrik Bergsjø, som partsrepresentanter,

- Islands regjering, representert ved Hendrik Daði Jónsson og Svanhildur Þorbjörnsdóttir, som partsrepresentanter,

- Ungarns regjering, representert ved Miklós Zoltán Fehér og Katalin Szíjjártó, som partsrepresentanter,

- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Sigrún Ingibjörg Gísladóttir, Sigurbjörn Bernharð Edvardsson, Erlend M. Leonhardsen og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og

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

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg på vegne av A, representert ved Johanne Førde; B, representert ved Gjermund Mathiesen; den norske stat, representert ved Lotte Tvedt; Islands regjering, representert ved Hendrik Daði Jónsson; ESA, representert ved Sigrún Ingibjörg Gísladóttir og Erlend M. Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Jonathan Tomkin, i rettsmøtet 1. oktober 2024,

slik

D O M

1 Denne anmodningen om rådgivende uttalelse gjelder tolkningen av artikkel 28 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») og artiklene 4 og 7 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004 L 158, s. 77, og EØS-tillegg 2012 nr. 5, s. 243) («direktivet» eller «direktiv 2004/38EF»).

2 Anmodningen er inngitt i en sak mellom A og B, henholdsvis mor og far til et mindreårig barn C, om As begjæring om å få rettens tillatelse til å flytte med C til Danmark, i samsvar med §§ 40 og 56 i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven). Det sentrale spørsmålet er om et krav om at en forelder hvor barnet har fast bosted, men som har delt foreldreansvar må ha domstolens tillatelse eller den andre

forelderens samtykke for å flytte til utlandet, er forenlig med EØS-retten når det ikke foreligger noe slikt krav ved flytting innenlands i den aktuelle EØS-staten.

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

3 EØS-avtalen artikkel 28 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. Bestemmelsene i denne artikkel skal ikke anvendes på stillinger i den offentlige administrasjon.*
>
> *5. Vedlegg V inneholder særlige bestemmelser om den frie bevegelighet for arbeidstagere.*

4 Direktiv 2004/38/EF ble innlemmet i Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde 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 angitt av Island, Liechtenstein og Norge, ble oppfylt 9. januar 2009, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

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

> *Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:*
>
> *a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.*
>
> *b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.*
>
> *c) Betegnelsen «unionsborger(e)» erstattes med betegnelsen «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene».*
>
> *d) I artikkel 24 nr. 1 skal betegnelsen «traktaten» forstås som «avtalen» og uttrykket «sekundærlovgivning» skal forstås som «sekundærlovgivning som er innlemmet i avtalen».*

6 Direktivet artikkel 4, med overskriften «Rett til utreise», lyder:

> *1. Uten at det berører de bestemmelser om reisedokumenter som gjelder ved nasjonale grensekontroller, skal alle unionsborgere med gyldig identitetskort eller pass samt deres familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat og har gyldig pass, ha rett til å forlate en medlemsstats territorium for å reise til en annen medlemsstat.*
>
> *2. Personer som omfattes av nr. 1, kan ikke pålegges å ha utreisevisum eller en lignende formalitet.*
>
> *3. Medlemsstatene skal i samsvar med sin lovgivning utstede til sine borgere, og fornye, et identitetskort eller pass som angir deres statsborgerskap.*
>
> *4. Passet skal være gyldig minst i alle medlemsstater og i de stater innehaveren må reise gjennom når vedkommende reiser mellom medlemsstatene. Dersom lovgivningen i en medlemsstat ikke inneholder bestemmelser om utstedelse av identitetskort, skal passet være gyldig i minst fem år fra utstedelsen eller fornyelsen.*

7 Direktivet artikkel 7 nr. 1, 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

[…]

8 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.

Nasjonal rett

9 Grunnloven § 104 andre ledd lyder.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

10 Barneloven kapitlene 5 og 6 regulerer saker knyttet til foreldreansvar, bosted og samvær.

11 Foreldreansvaret gjelder myndighet til å ta beslutninger for barnet i viktige personlige forhold. Den eller de som har foreldreansvaret, er også barnets verger, jf. vergemålsloven § 16. Foreldreansvaret omfatter også beslutninger om blant annet legebehandling, om barnet skal gå på en annen skole enn en norsk offentlige skole, tilgang til barnets helseopplysninger, registrering av barnet som medlem av et trossamfunn samt samtykke til adopsjon.

12 Regelen for foreldre som bor sammen når barnet blir født, er at de har felles foreldreansvar, jf. barneloven § 35. Når foreldre med felles foreldreansvar går fra hverandre, kan en av foreldrene ta rettslige skritt for å kreve foreldreansvaret alene.

13 Barneloven § 36, med overskriften «Kvar barnet skal bu fast», lyder:

> *Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast hos begge eller hos ein av dei.*
>
> *Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei. Dersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.*

14 Barneloven § 37, med overskriften «Avgjerder som kan takast av den som barnet bur fast saman med», lyder:

> *Har foreldra sams foreldreansvar, men barnet bur fast saman med berre den eine, kan den andre ikkje setje seg mot at den barnet bur saman med, tek avgjerder som gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet.*

15 Barneloven § 40, med overskriften «Flytting for barnet ut av landet og opphald utanfor landet», lyder:

> *Har den eine av foreldra foreldreansvaret åleine, kan den andre ikkje setje seg imot at barnet flyttar ut av landet.*
>
> *Dersom foreldra har foreldreansvaret saman, må begge samtykkje til at barnet skal flytte ut av landet eller ta opphald utanfor landet utover stuttare utanlandsferder, jf. § 41. Det same gjeld der eit avtalt opphald blir forlenga eller endra, til dømes der barnet blir etterlate.*
>
> *Barn som er fylt 12 år, må samtykkje til ei avgjerd etter første og andre stykket dersom barnet flyttar eller tek opphald utan ein forelder med foreldreansvar.*

Er foreldra usamde om kven som skal ha foreldreansvaret, flytting med barnet ut av landet, eller kven barnet skal bu fast saman med, må barnet ikkje flytte ut av landet før saka er avgjort.

16 Barneloven § 42 a, med overskriften «Varsel og mekling før flytting», lyder:

Dersom ein av foreldra vil flytte i Noreg eller ut av landet, og det er avtale eller avgjerd om samvær, skal den som vil flytte, varsle den andre seinast tre månader før flyttinga.

Er ikkje foreldra samde om flytting, må den av foreldra som vil flytte med barnet krevje mekling etter § 51.

17 Barneloven § 43, med overskriften «Omfanget av samværet mv.», lyder:

Den av foreldra som barnet ikkje bur saman med, har rett til samvær med barnet om ikkje anna er avtala eller fastsett. Omfanget av samværsretten bør avtalast nærare. Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær.

Foreldra avtalar sjølve omfanget av samværsretten på bakgrunn av kva dei meiner er best for barnet. § 31 andre stykket gjeld for foreldra. I avtale eller avgjerd om samvær skal det mellom anna leggjast vekt på omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kva grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldra og omsynet til barnet elles. Vert det avtala eller fastsett «vanleg samværsrett», gjev det rett til å vere saman med barnet ein ettermiddag i veka med overnatting, annakvar helg, til saman tre veker i sommarferien, og annankvar haust-, jule-, vinter- og påskeferie.

Det kan i avtale eller i dom setjast vilkår for samvær. Dersom tilsyn blir sett som vilkår, kan retten utpeike ein person som skal føre tilsyn under samværet, eller be foreldra gjere det. Den av foreldra som skal ha samvær, dekkjer kostnadene til tiltaka som er sett som vilkår for samvær etter denne føresegna.

Den andre av foreldra skal få melding i rimeleg tid føreåt når samværet ikkje kan finne stad som fastsett, eller når tida for samværet må avtalast nærare.

Dersom den som har foreldreansvaret eller som barnet bur hos hindrar at ein samværsrett kan gjennomførast, kan den som har samværsretten krevje ny avgjerd av kven som skal ha foreldreansvaret eller kven barnet skal bu saman med, jf. § 63.

18 Barneloven § 48, med overskriften «Det beste for barnet», lyder:

Avgjerder om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med og samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

Ved avgjerda skal det takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare.

Folkerett

19 FNs konvensjon om barnets rettigheter ble vedtatt av FNs generalforsamling ved resolusjon 44/25 20. november 1989 og trådte i kraft 2. september 1990 i samsvar med artikkel 49. Island, Liechtenstein og Norge undertegnet konvensjonen henholdsvis 26. januar 1990, 30. september 1990 og 26. januar 1990. Island, Liechtenstein og Norge ratifiserte eller tiltrådte konvensjonen henholdsvis 28. oktober 1992, 22. desember 1995 og 8. januar 1991.

20 Artikkel 3 i FNs konvensjon om barnets rettigheter lyder:

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.

3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

21 Konvensjon 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring («Haag-konvensjonen av 1980») trådte i kraft 1. desember 1983. Norge og Danmark er parter i Haagkonvensjonen 1980.

22 Haagkonvensjonen 1980 artikkel 3 lyder:

1. Bortføring eller tilbakeholdelse av et barn skal anses som ulovlig når:

a) den er i strid med en rett til foreldreansvar som er tilkjent en person, en institusjon eller en annen instans, enten i fellesskap eller alene, ifølge loven i den stat der barnet hadde sitt bosted umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen; og;

b) denne rett faktisk ble utøvd, i fellesskap eller alene, på det tidspunkt da bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted, eller ville ha blitt utøvd dersom ikke bortføringen eller tilbakeholdelsen hadde funnet sted.

2. Retten til foreldreansvar som nevnt i bokstav (a) kan i første rekke være et resultat av lovgivning eller av et juridisk eller administrativt vedtak, men også av en overenskomst med rettslig gyldighet i henhold til loven i den staten.

23 Konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn («Haagkonvensjonen 1996») trådte i kraft 1. januar 2002. Norge og Danmark er parter i Haagkonvensjonen 1996.

24 Haagkonvensjonen 1996 artikkel 5 lyder:

1. Rettslige eller administrative myndigheter i konvensjonsstaten der barnet har vanlig bosted, har jurisdiksjon til å treffe tiltak for å beskytte barnets person eller formue.

2. Ved endring i barnets vanlige bosted til en annen konvensjonsstat, har myndighetene i den staten der barnet har nytt vanlig bosted jurisdiksjon, med unntak for artikkel 7.

25 Haagkonvensjonen 1996 artikkel 7 lyder:

1. I tilfelle barnet ulovlig bortføres eller tilbakeholdes, beholder myndighetene i konvensjonsstaten der barnet var vanlig bosatt umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen jurisdiksjon inntil barnet har fått vanlig bosted i en annen stat, og

a) hver person, hver institusjon eller hver annen instans som har foreldreansvar, har godtatt bortføringen eller tilbakeholdelsen; eller

b) barnet har bodd i den andre staten i minst ett år etter at personen eller institusjonen eller den øvrige instansen som har foreldreansvar, har eller burde ha fått kjennskap til hvor barnet oppholder seg, og ingen anmodning om tilbakeføring fremmet i samme tidsrom verserer og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø.

2. Bortføring eller tilbakeholdelse av et barn er å anse som ulovlig dersom -

a) det strider mot foreldreansvar som er tildelt en person, institusjon eller annen instans, i fellesskap eller alene, ifølge loven i den stat der barnet var vanlig bosatt umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen; og

b) foreldreansvaret faktisk ble utøvd av de nevnte parter, i fellesskap eller alene, på det tidspunkt da bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted, eller ville ha blitt utøvd dersom ikke bortføringen eller tilbakeholdelsen hadde funnet sted. Retten til forelderansvar som nevnt i bokstav a kan i første rekke være et resultat av lovgivning eller av en rettslig eller administrativ avgjørelse, men også av en overenskomst som har rettslig virkning i henhold til loven i den staten.

3. Så lenge myndighetene nevnt i nr. 1 beholder sin jurisdiksjon, kan myndighetene i den konvensjonsstat som barnet er bortført til eller blir holdt tilbake i, bare treffe de hastetiltak etter artikkel 11 som er nødvendige for å beskytte barnets person eller formue.

26 Haagkonvensjonen 1996 artikkel 15 lyder:

1. I utøvelsen av jurisdiksjon etter bestemmelsene i kapittel II skal konvensjonsstatenes myndigheter anvende sin egen lov.

2. Unntaksvis kan de imidlertid, i den grad beskyttelsen av barnets person eller formue krever det, anvende eller ta hensyn til loven i en annen stat som saken har en vesentlig tilknytning til.

3. Dersom barnet endrer vanlig bosted til en annen konvensjonsstat, regulerer loven i denne andre staten fra da av vilkårene for anvendelsen av de tiltak som er truffet i staten der barnet tidligere hadde vanlig bosted.

II FAKTUM OG SAKSGANG

27 Både A og B bor i Oslo. De bodde sammen fra 2015. Deres felles barn, C, ble født i 2016. Samboerforholdet endte i 2022, da A flyttet ut med C til en annen bolig i samme bydel i Oslo.

28 Siden C ble født, har A og B hatt delt foreldreansvar. Siden forholdet mellom foreldrene tok slutt i 2022 har C hatt fast bosted hos A, i samsvar med en avtale mellom A og B.

29 Siden 2022 har A hatt en partner som bor i Danmark. Denne partneren har to egne barn som bor med ham halvparten av tiden. A ønsker nå å flytte til Danmark med C. A ønsker å bo med partneren i Danmark og stifte familie med ham.

30 A ønsker også å finne arbeid i Danmark. A er i dag ansatt i et multinasjonalt selskap som har kontorer og virksomhet blant annet i Norge og Danmark. A er i dag ansatt i den norske delen av virksomheten, og hun har arbeidssted i Oslo. As arbeidsgiver har tilbudt henne å fortsette i samme rolle med arbeidssted i Danmark og å overføre ansettelsesforholdet til den danske delen av virksomheten. A planlegger å ta imot dette tilbudet hvis hun får tillatelse til å flytte til Danmark med C.

31 A tok ut stevning for Oslo tingrett 16. juni 2023 med påstand om at C skulle ha fast bosted hos A, og at B skulle ha samvær med C etter rettens skjønn, samt påstand om at A tillates å flytte til Danmark med C. A begjærte også midlertidig avgjørelse som tillot henne å flytte til Danmark med C frem til saken blir endelig avgjort. B bestred påstanden og nedla påstand om at A ikke skulle få tillatelse til å flytte til Danmark med C, og at B skulle ha samvær med C 50 prosent av tiden.

32 Saken for Oslo tingrett omfattet ikke foreldreansvar, da partene var enige om at dette skulle være felles. Partene var også enige om at C skulle ha fast bosted hos A. As krav om fastsettelsesdom for fast bosted for barnet ble derfor ikke opprettholdt, og tingretten tok ikke opp dette spørsmålet i sin avgjørelse.

33 Som ledd i saksforberedelsen oppnevnte Oslo tingrett en psykologspesialist som sakkyndig vitne. Den sakkyndige vurderte saken, og gjennomførte blant annet et intervju med barnet. Tingretten avholdt mekling 11. august 2023, men partene klarte ikke å komme frem til en endelig avtale.

34 Tingretten holdt hovedforhandling i saken 14. februar 2024. Den 27. februar 2024 avsa tingretten kjennelse med følgende slutning:

> Både i hovedsaken og i den midlertidige avgjørelsen inntil en endelig, rettskraftig dom foreligger:
> 1. A har ikke tillatelse til å flytte til Danmark med C, født xx/xx/2016.
> 2. C, født xx/xx/2016, skal ha samvær med sin far, B, som følger:
>
> - Far skal ha samvær annenhver helg, fredag–søndag, i partallsuker
> - Far skal ha samvær med C annenhver onsdag ettermiddag. Far skal hente C fra skolen og sette hen av hos mor senest kl. 18.30.
> - C skal tilbringe annenhver høstferie med mor og annenhver med far. I 2024 skal C tilbringe høstferien med mor.
> - C skal tilbringe annenhver vinterferie med mor og annenhver med far. I 2024 skal C tilbringe vinterferien med far.
> - C skal tilbringe annenhver juleferie med mor og annenhver med far. I 2024 skal C tilbringe juleferien med mor.
> - C skal tilbringe annenhver påskeferie med mor og annenhver med far. I 2024 skal C tilbringe påskeferien med mor.
> - C skal tilbringe til sammen 4 uker med far i sommerferien og til sammen 4 uker med mor i sommerferien.
>
> 3. Sakskostnader tilkjennes ikke.

35 I ankeerklæring datert 26. mars 2024 anket A tingrettens kjennelse til Borgarting lagmannsrett. I anken opprettholder A påstanden om at domstolen må tillate henne å flytte til Danmark med C, og at samvær mellom C og B skal fastsettes etter domstolens skjønn. B har begjært anken forkastet.

36 På denne bakgrunn besluttet Borgarting lagmannsrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Anmodningen er datert 26. juni 2024 og ble registrert ved

EFTA-domstolen 27. juni 2024. Borgarting lagmannsrett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

> *For det første, og i så fall under hvilke omstendigheter, er det forenlig med foreldrenes og barnets rettigheter etter direktiv 2004/38/EF at nasjonal lovgivning om forholdet mellom et barn og dets foreldre fastsetter at en forelder hvor barnet har fast bosted, i situasjoner der foreldrene har delt foreldreansvar, og den andre forelderen ikke samtykker til flyttingen, ikke kan flytte til en annen EØS-stat med barnet uten å ta rettslige skritt og få rettens tillatelse til å flytte, når den samme forelderen ville hatt rett til å flytte innenlands med barnet uten å innhente samtykke fra den andre forelderen eller tillatelse fra retten?*
>
> *For det andre, og i så fall under hvilke omstendigheter, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 28 at nasjonal lovgivning om forholdet mellom et barn og dets foreldre fastsetter at en forelder hvor barnet har fast bosted, i situasjoner der foreldrene har delt foreldreansvar, og den andre forelderen ikke samtykker i flyttingen, ikke kan flytte til en annen EØS-stat med barnet for å ta arbeid der uten å ta rettslige skritt og få rettens tillatelse til å flytte, når den samme forelderen ville hatt rett til å flytte innenlands med barnet uten å innhente samtykke fra den andre forelderen eller tillatelse fra retten?*

37 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 vil i det følgende bare bli nevnt eller drøftet så langt det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

Spørsmålene

38 Ved begge sine spørsmål spør den anmodende domstolen i hovedsak om det er forenlig med EØS-retten at en forelder hvor barnet bor fast, men som har delt foreldreansvar, må ha samtykke fra den andre forelderen eller tillatelse fra en nasjonal domstol før vedkommende kan flytte til utlandet, samtidig som bostedsforelderen kan flytte innenlands uten forutgående samtykke eller tillatelse fra domstolen.

39 Ved sitt første og andre spørsmål spør den anmodende domstolen spesifikt om den norske regelen er forenlig med henholdsvis direktiv 2004/38/EF og EØS-avtalen artikkel 28. Det fremgår klart av anmodningen at A er arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28. Det er derfor hensiktsmessig at EFTA-domstolen først besvarer den anmodende domstolens andre spørsmål.

Spørsmål 2 – EØS-avtalen artikkel 28

Tilstedeværelsen av en restriksjon

40 EØS-avtalen artikkel 28 nr. 1 fastsetter at fri bevegelighet for arbeidstakere skal gjennomføres mellom EUs medlemsstater og EFTA-statene. Alle bestemmelser i EØS-avtalen om fri bevegelighet for arbeidstakere har som formål å lette EØS-borgeres utøvelse av alle typer ervervsvirksomhet i hele EØS og utelukker tiltak som kan være til ulempe for EØS-borgere når de ønsker å utøve økonomisk aktivitet på en annen EØS-stats territorium. Videre utgjør nasjonale bestemmelser som utelukker eller avskrekker en EØS-borger fra å forlate sitt hjemland for å utøve sin rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalen artikkel 28 restriksjoner på denne friheten, selv om de nasjonale bestemmelsene får anvendelse uten hensyn til de berørte arbeidstakernes statsborgerskap (jf. dommen 15. juli 2021 i *ESA* mot *Norge*, E-9/20, avsnitt 101 og rettspraksis som det vises til der).

41 Et krav om å innhente samtykke eller forutgående tillatelse fra en domstol før flytting utgjør en ordning med forhåndsgodkjenning. Det er fast rettspraksis at en ordning med forhåndsgodkjenning utgjør en restriksjon på de grunnleggende frihetene som sikres i EØS-avtalen (jf. dommen 5. mai 2021 i *Straffesak mot N*, E-8/20, avsnitt 86 og rettspraksis som det vises til der).

42 EFTA-domstolen påpeker at det prosessuelle kravet til en forelder hvor barnet bor fast, men som har delt foreldreansvar, om å innhente samtykke fra den andre forelderen eller tillatelse fra en domstol før flytting, formelt bare gjelder for flytting til utlandet og ikke for flytting innenlands. Dette fordi flytting i Norge etter barneloven § 37 er en beslutning som kan tas av forelderen som barnet bor fast hos, mens flytting til utlandet er en beslutning som må tas av den eller de av foreldrene som har foreldreansvaret etter barneloven § 40.

43 EFTA-domstolen påpeker at disse prosessuelle forskjellene er tilstrekkelige til å gjøre det mindre attraktivt for bostedsforelderen å flytte utlands sammenlignet med å flytte innenlands i Norge. Følgelig utgjør ordningen i denne saken en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 28.

44 For fullstendighetens skyld bemerker EFTA-domstolen at selv om det er den anmodende domstols ansvar å tolke nasjonal rett, fremgår det av sakens dokumenter at forskjellen mellom flytting med barnet innenlands i Norge og flytting til en annen EØS-stat for en forelder hvor barnet bor fast, men som har deltforeldreansvar, kan synes noe mindre betydningsfullt i praksis. I begge tilfellene må den forelderen som barnet bor fast hos, etter barneloven § 42 a varsle en samværsforelder tre måneder før flyttingen. Dersom foreldrene er uenige om flyttingen, plikter de å delta i mekling etter barneloven § 51 fjerde ledd.

45 Videre, slik det fremgikk av Bs og den norske stats innlegg under rettsmøtet, kan den andre forelderen motsette seg flytting innenlands i Norge, enten ved å reise sak for å få delt bosted etter barneloven, eller ved å hevde at flyttingen ikke er til barnets beste etter Grunnloven § 104 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon («EMK») artikkel 8. I slike tilfeller må den nasjonale domstolen foreta en vurdering i det enkelte tilfelle tilsvarende vurderingen i barneloven § 40. Videre kan samværsforelderen etter barneloven § 60 begjære en midlertidig avgjørelse som forbyr bostedsforelderen å flytte

innenlands i Norge frem til saken er avgjort.

46 Til tross for disse likhetene er det imidlertid fortsatt forskjeller mellom de nasjonale reglene om flytting innenlands i Norge og flytting til andre EØS-stater. Det ovenstående endrer derfor ikke konklusjonen om at de nasjonale reglene utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 28.

Rettferdiggjøring

47 Det er fast rettspraksis at nasjonale tiltak som kan hindre utøvelsen av grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller som kan gjøre de mindre attraktive, bare kan tillates dersom de forfølger et mål begrunnet i allmenne hensyn, er egnet til å sikre oppnåelsen av målet og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet (jf. dommen 15. juni 2023 i *BM*, C-132/22, EU:C:2023:489, avsnitt 32 og 33 og rettspraksis som det vises til der).

48 Videre er det fast rettspraksis at kompetente myndigheter, når de vedtar et tiltak som fraviker et prinsipp som er nedfelt i EØS-retten, i hvert enkelt tilfelle må vise at tiltaket er egnet til å oppnå målet som ble lagt til grunn, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det. Det må også pekes på at grunner som en EØS-stat påberoper seg som rettferdiggjøring, må ledsages av passende dokumentasjon eller en analyse av formålstjenligheten og forholdsmessigheten av tiltaket vedkommende stat har truffet, samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (jf. dommen i *Straffesak mot N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 95 og rettspraksis som det vises til der).

49 Det må derfor først undersøkes om det foreligger legitime mål som kan rettferdiggjøre en restriksjon på arbeidstakeres frie bevegelighet (jf. dommen i *Straffesak mot N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 92).

50 I denne sammenhengen er det fast rettspraksis at EØS-rettens bestemmelser skal tolkes i lys av de grunnleggende rettighetene som er en del av EØS-rettens generelle prinsipper. Bestemmelsene i EMK, som i artikkel 8 fastsette retten til respekt for privatliv og familieliv, og dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol («EMD») er viktige kilder for å fastslå omfanget av disse grunnleggende rettighetene. I denne sammenhengen 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 (jf. dommen 9. august 2024 i *X* mot *Finanzmarktaufsicht*, E-10/23, avsnitt 72 og rettspraksis som det vises til der, og dommen 9. februar 2021 i *Kerim*, E-1/20, avsnitt 43 og rettspraksis som det vises til der).

51 Barnets beste inngår i retten til familieliv etter EMK artikkel 8 (jf. EMDs dom 5. november 2002 i *Yousef* mot *Nederland*, CE:ECHR:2002:1105JUD003371196, avsnitt 73). Det er videre klart at sikring av barnets beste i avgjørelser som berører barn, etter EMK innebærer positive forpliktelser for EØS-statene. Denne positive forpliktelsen kan omfatte beslutninger om personlige forhold for å sikre effektiv respekt for familielivet,

herunder blant annet effektiv håndheving av foreldre- og samværsrettigheter (jf. EMDs dommer 5. desember 2019 i *Luzi* mot *Italia*, CE:ECHR:2019:1205JUD004832217, avsnitt 65, og 23. juni 2005 i *Zawadka* mot *Polen*, CE:ECHR:2005:0623JUD004854299, avsnitt 53).

52 EFTA-domstolen påpeker at prinsippet om barnets beste er uttrykkelig anerkjent som en del av EUs primærrett gjennom artikkel 24 nr. 2 i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter. Prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige myndigheter eller private institusjoner, er også fastsatt i artikkel 3 i FNs konvensjon om barnets rettigheter fra 1989, som alle EØS-statene har ratifisert. Videre har EFTA-domstolen i sin rettspraksis tidligere stadfestet dette prinsippets relevans (jf. dommen 21. april 2021 i *Regjeringen* mot *L*, E-2/20, avsnitt 52).

53 I lys av det ovenstående er det klart at barnets beste utgjør et grunnleggende prinsipp som inngår i EØS-rettens generelle prinsipper som må anerkjennes i samsvar med EØS-retten.

54 På grunnlag av det ovenstående konkluderer EFTA-domstolen med at å vareta barnets beste er et mål som i kan rettferdiggjøre restriksjoner på EØS-avtalen artikkel 28 (jf. dommen 19. november 2020 i *ZW*, C-454/19, EU:C:2020:947, avsnitt 40 og rettspraksis som det vises til der).

55 I den foreliggende saken må den anmodende domstol vurdere om kravet om å innhente samtykke eller domstolens forhåndsgodkjenning før flytting til utlandet er egnet til å nå målet om barnets beste og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet (jf. dommen 14. februar 2008 i *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, avsnitt 42). EFTA-domstolen minner i denne forbindelse om at det i henhold til EMK kan forekomme positive forpliktelser i beslutninger som berører barn, på grunnlag av hva som er til barnets beste, og at dette kan omfatte beslutninger om personlige forhold for å sikre effektiv respekt for familielivet, herunder effektiv håndheving av foreldre- og samværsrettigheter (jf. EMDs dommer i *Luzi* mot *Italia*, siter over, avsnitt 65 og *Zawadka* mot *Polen*, sitert over, avsnitt 53). Det at en EØS-stat stiller krav til en forelder hvor barnet bor fast, men som har delt foreldreansvar om å innhente samtykke fra den andre forelderen eller alternativt å få domstolens godkjenning før flytting til utlandet, kan i prinsippet være egnet for å sikre et legitimt mål, nemlig varetakelsen av barnets beste.

56 Det er fast rettspraksis at et tiltak ikke vil være egnet hvis det ikke reelt gjenspeiler et ønske om å nå målet på en konsekvent og systematisk måte (jf. dommen 21. mars 2024 i *LDL*, E-5/23, avsnitt 89 og rettspraksis som det vises til der).

57 I den foreliggende sak er partene uenige om hvorvidt de ulike reglene som gjelder, avhengig av om det vurderes flytting til utlandet eller innenlands, innebærer at Norge ikke har forfulgt målet om å ivareta barnets beste på en konsekvent og systematisk måte. A, ESA og Kommisjonen gjør i hovedsak gjeldende at Norge behandler like situasjoner forskjellig, mens B, Island og Norge i hovedsak anfører at situasjonene er så forskjellige

at de krever ulik behandling.

58 EFTA-domstolen påpeker at opprettholdelse av kontakt med begge foreldrene er et av momentene som må vurderes – konkret i den enkelte sak ved at det tas hensyn til personlige omstendigheter og familiens omstendigheter i den aktuelle saken – i en vurdering av hva som er til barnets beste. EFTA-domstolen påpeker imidlertid at en flytting til utlandet ikke nødvendigvis vil påvirke barnets mulighet til å holde kontakten med begge foreldrene mer enn ved flytting innenlands.

59 EFTA-domstolen bemerker at dette særlig vil gjelde i en EØS-stat som Norge, der det kan være tale om lange avstander også ved flytting fra en norsk by til en annen, og omvendt ved flytting rett over Norges landegrense til en annen EØS-stat. Om grensen krysses er derfor ikke i seg selv avgjørende for barnets mulighet til å opprettholde fysisk kontakt med begge foreldrene. EFTA-domstolen er derfor enig med A, ESA og Kommisjonen i at et krav om å innhente samtykke eller forutgående tillatelse fra en domstol bare når en grense krysses, uten hensyn til hvor langt barnet faktisk flytter fra den andre forelderen, ikke synes å forfølge målet om barnets beste ved å sikre at barnet kan opprettholde regelmessig fysisk kontakt med begge foreldrene på en konsekvent og systematisk måte.

60 EFTA-domstolen minner imidlertid om at materielle familierettslige spørsmål ikke er harmonisert i EØS. Tiltak som er fastsatt av en EØS-stat for å vareta barnets rettigheter, trenger derfor ikke nødvendigvis samsvare med en forståelse som er felles for alle EØS-stater når det gjelder de nærmere reglene på området. Siden denne forståelsen kan variere fra en EØS-stat til en annen på grunnlag av blant annet etiske eller kulturelle holdninger, må EØS-statene innrømmes en viss skjønnsmargin. Selv om det er korrekt at det tilkommer EØS-statene, i fravær av harmonisering innen EØS, å fastsette beskyttelsesnivået for den aktuelle interessen, er det likevel et faktum at dette skjønnet må utøves i samsvar med de forpliktelsene som følger av EØS-retten (jf. dommen i *ZW*, C-454/19, sitert over, avsnitt 42 og rettspraksis som det vises til der). I tillegg er det nødvendig å se tiltaket den aktuelle EØS-staten har vedtatt i sammenheng med eventuelle andre tiltak som sikrer at barnets beste blir effektivt varetatt.

61 EFTA-domstolen bemerker at Norge har tre ulike rettslige begreper som definerer kontakten mellom et barn og en voksen verge, samt sistnevntes ansvar, men dette er noe den anmodende domstolen må verifisere. For det første tas beslutninger av vesentlig betydning for barnets liv av den eller de foreldrene som utøver foreldreansvaret. For det andre tas beslutninger om barnets dagligliv av den eller de foreldrene barnet bor fast hos. For det tredje kan beslutninger om barnets dagligliv når barnet er sammen med den forelderen som har samvær, tas av samværsforelderen.

62 Det fremgår av anmodningen at flytting til utlandet etter norsk lovgivning regnes som en beslutning som skal tas av den eller de av foreldrene som utøver foreldreansvaret, mens flytting innenlands i Norge regnes som en beslutning som skal tas av den eller de av foreldrene barnet bor fast hos. EFTA-domstolen erkjenner at dette skillet tilhører materiell familierett, som hører under EØS-statenes skjønn, forutsatt at det er forenlig med EØS-retten.

63 EFTA-domstolen påpeker, noe også B, den islandske regjering og den norske stat har påpekt, at selv om en flytting til utlandet og en flytting innenfor Norge kan påvirke barnet ganske likt, for eksempel fordi barnet kan måtte bytte skole og kommer bort fra sitt kjente miljø av venner og familie, er det også vesentlige forskjeller mellom de to situasjonene. Når barn flytter til utlandet, må de ikke bare fysisk bytte skolen de går på, men de vil begynne i et annet skolesystem, som typisk innebærer et annet pedagogisk grunnlag og en annen læreplan. Videre kan språket, så vel som det kulturelle og religiøse miljøet barnet vokser opp i, bli et annet. Det enkle faktum at kryssingen av en grense ikke i alle tilfeller vil ha avgjørende betydning for barnets mulighet til å opprettholde fysisk kontakt med begge foreldrene kan ikke som sådan anses som avgjørende. Det som må vurderes er snarere den samlede virkningen på barnet av å flytte til utlandet, sammenlignet med flytting innenlands.

64 Det enkle faktum at en beslutning om flytting til utlandet etter norsk lov skal tas på grunnlag av foreldreansvaret, og at en beslutning om flytting innenlands er en beslutning som skal tas på grunnlag av hvem barnet bor fast hos, innebærer ikke i seg selv at Norge ikke har varetatt barnets beste på en konsekvent og systematisk måte. EFTA-domstolen bemerker, på lignende vis som B, at beslutninger om tilsvarende viktige endringer i barnets liv også tas på grunnlag av foreldreansvaret når endringene skjer i Norge. Det synes for eksempel som om typen skole barnet skal gå på og medlemskap i trossamfunn er eksempler på beslutninger som hører under foreldreansvaret og derfor ikke kan tas ensidig av den forelder som barnet bor fast hos når foreldrene har felles foreldreansvar, men dette er noe den anmodende domstolen må verifisere.

65 Den anmodende domstol må også vurdere om restriksjonen går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det målet som forfølges. Dette innebærer at det valgte tiltaket ikke må kunne erstattes med et alternativt tiltak som vil være like nyttig, men som vil være mindre inngripende i de grunnleggende frihetene etter EØS-retten (jf. dommen i *Straffesak mot N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 94 og rettspraksis som det vises til der).

66 EFTA-domstolen minner om at restriksjonen i saken her ikke bare er at den forelder hvor barnet bor fast, men som har delt foreldreansvar, må innhente samtykke fra den andre forelderen før flytting til utlandet, men at bostedsforelderen, i mangel av slikt samtykke, må få domstolens godkjenning før flyttingen. En nasjonal domstol vil da vurdere om flyttingen er til barnets beste.

67 ESA og Kommisjonen anfører i hovedsak at det ikke er nødvendig for Norge å kreve domstolens forhåndsgodkjenning før flytting til utlandet, ettersom den gjensidige anerkjennelsen av rettsavgjørelser og den gjensidige tilliten mellom EØS-statene reduserer eventuelle utfordringer (jf. dommen i *ZW*, C-454/19, sitert over, avsnitt 48). ESA og Kommisjonen understreker at både Norge og Danmark er parter til Haagkonvensjonene av 1980 og 1996 og den nordiske familierettskonvensjonen av 1931. I tillegg trekker de frem det «særlige forholdet» mellom Den europeiske union, dens medlemsstater og EØS-EFTA-statene.

68 EFTA-domstolen minner om at EØS-avtalen i det andre punktet i fortalen bekrefter

dette særlige forholdet, som har sitt grunnlag i nærhet, langvarige felles verdier og europeisk identitet. Det er i lys av dette særlige forholdet at et av EØS-avtalens hovedmål må forstås, nemlig å sørge for den størst mulige gjennomføring av fritt varebytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital innen hele EØS, slik at det indre marked som er opprettet i Den europeiske union, utvides til å omfatte EFTA-statene. For å nå dette målet er det en rekke bestemmelser i EØS-avtalen som skal sikre at tolkningen av avtalen er så ensartet som mulig i hele EØS-området (jf. dommen 2. april 2020 i *I.N.*, C-897/19, EU:C:2020:262, avsnitt 50).

69 Dette særlige forholdet går ut over det indre markedet. I denne sammenhengen har Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») sitert Schengen-regelverket, den felles europeiske asylordningen og avtalen om overleveringsprosedyre som relevante kilder for forpliktelser relatert til dette særlige forholdet (jf. dommen i *I.N.*, C-897/19, sitert over, avsnitt 44). Det er slikt sett klart at også andre internasjonale avtaler enn akkurat EØS-avtalen er relevante for å fastslå omfanget av det særlige forholdet (jf. dommene 19. juli 2012 i *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*, C-48/11, EU:C:2012:485, avsnitt 37, og 28. oktober 2010 i *Établissements Rimbaud SA*, C-72/09, EU:C:2010:645, avsnitt 43 og 44).

70 EFTA-domstolen erkjenner at EØS-EFTA-statene og EU-statene gjennom sin deltakelse i andre avtaler på området frihet, sikkerhet og rettferdighet har uttrykt gjensidig tillit til hverandres rettssystemers oppbygning og virkemåte og til deres evne til å garantere en rettferdig rettergang (jf. dommen 17. mars 2021 i *JR*, C-488/19, EU:C:2021:206, avsnitt 60). Selv om rådsforordning (EU) 2019/1111 av 25. juni 2019 om domsmyndighet og anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser i ekteskapssaker og saker som gjelder foreldreansvar, samt om internasjonal barnebortføring ikke får anvendelse i EØS-EFTA-statene (og heller ikke i Danmark), gjør ESA og Kommisjonen gjeldende at avgjørelser som gjelder et barn, likevel vil bli stadfestet og håndhevet når et barn flytter til en annen EØS-stat. I denne sammenhengen understreker EFTA-domstolen at Norge og Danmark er parter i den nordiske familierettskonvensjonen av 1931 og Haagkonvensjonen 1996, som uttrykkelig regulerer disse forholdene.

71 EFTA-domstolen slutter seg til ESAs og Kommisjonens anførsler om at avgjørelser som gjelder et barn, vil bli stadfestet og håndhevet når et barn flytter fra Norge til Danmark. Isolert sett vil derfor et argument om at en endring av domsmyndighet i seg selv gjør det nødvendig å kreve domstolens tillatelse før flytting til utlandet for å sikre at barnet kan opprettholde regelmessig kontakt med begge foreldrene ikke føre frem. Det faktum at en domstol i en annen EØS-stat kan sikre et tilsvarende nivå av anerkjennelse og håndheving av etablerte rettigheter som det en norsk domstol sikrer, innebærer imidlertid ikke i seg selv at de to situasjonene ikke kan sees atskilt.

72 Som tidligere påpekt innebærer prinsippet om barnets beste at det foreligger positive forpliktelser for en EØS-stat til å sikre at barnets beste er et grunnleggende hensyn i alle handlinger som berører barn. Det synes som om norsk lovgivning anser det for å være til barnets beste at større beslutninger om barnets liv, som for eksempel flytting til utlandet – men også beslutninger om hvilken type skole barnet skal gå på, eller medlemskap i et trossamfunn – skal tas av de som har foreldreansvaret, men dette er

noe den anmodende domstol må verifisere. Dersom foreldre med delt foreldreansvar ikke kan bli enige, fastsetter norsk lov at en nasjonal domstol må vurdere om flyttingen er til barnets beste. Spørsmålet for den anmodende domstol blir derfor om et krav om på forhånd å innhente samtykke eller domstolens godkjenning går lenger enn det som er nødvendig for å sikre dette målet.

73 EFTA-domstolen bemerker at et krav om å innhente samtykke eller tillatelse fra en norsk domstol før flytting til utlandet kan være nødvendig for å sikre barnets beste, uten hensyn til om Norge beholder jurisdiksjon etter artikkel 7 i Haagkonvensjonen 1996 i en situasjon der et barn er ulovlig bortført til eller tilbakeholdt i en annen konvensjonsstat.

74 Forutsatt at det ikke er snakk om ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse når et barn flytter til utlandet i en situasjon slik som i hovedsaken, innebærer denne forutsetningen at staten der barnet har vanlig bosted endres i samsvar med artikkel 5 nr. 2 i Haagkonvensjonen av 1996. Det følger av dette at EØS-staten som barnet flytter til, vil ha jurisdiksjon i enhver tvist som gjelder barnet, herunder i selve spørsmålet om flytting. Den EØS-staten som barnet flytter til, kan etter sin familierett ha en annen oppfatning enn Norge av hva som er til barnets beste.

75 I en slik situasjon kan Norge bare opprettholde sin positive forpliktelse til å sikre sin forståelse av barnets beste dersom en norsk domstol før flyttingen treffer en avgjørelse om hvorvidt flyttingen er til barnets beste, som vil innebære en vurdering av alle relevante sider ved barnets potensielle situasjon utenfor Norge.

76 Selv om det legges til grunn at norske domstoler beholder jurisdiksjonen, kan et krav om å innhente domstolens tillatelse før flyttingen være nødvendig for å sikre barnets beste. I denne sammenhengen peker EFTA-domstolen på at det ikke vil være til barnets beste å flytte til en annen stat for deretter senere å flytte tilbake til Norge, dersom en norsk domstol kommer til at flytting ikke kan anses å være til barnets beste. Konsekvensen av å flytte frem og tilbake mellom to land vil trolig være særlig skadelig i en kontekst der norsk lovgivning anser flytting til utlandet som en større avgjørelse i barnets liv, men dette er noe den anmodende domstol må bekrefte.

77 Under begge forutsetningene understreker imidlertid EFTA-domstolen betydningen av at retterganger som berører barn, gis prioritet.

78 Selv om det i alle avgjørelser som gjelder barn, er barnets beste som skal være det altoverskyggende hensyn og tillegges betydelig vekt, kan dette hensynet ikke vurderes alene (jf. EMDs dom 9. juli 2021 i *M.A* mot *Danmark*, CE:ECHR:2021:0709JUD000669718, avsnitt 133). I denne sammenhengen minner EFTA-domstolen om at dersom en EØS-stat påberoper seg tvingende allmenne hensyn for å rettferdiggjøre regler som er egnet til å hindre utøvelsen av fri bevegelighet, må en slik rettferdiggjøring, som fastsatt i EØS-retten, fortolkes i lys av EØS-rettens generelle prinsipper, særlig de grunnleggende rettighetene. Dermed kan de aktuelle nasjonale reglene bare omfattes av de fastsatte unntakene såfremt de er forenlige med de grunnleggende rettighetene (jf. dommen 9. juli 2014 i *Fred. Olsen*, forente saker E-

3/13 og E-20/13, avsnitt 226). Dette innebærer at den anmodende domstol, når den skal vurdere forenligheten med EØS-retten, og særlig om restriksjonen på arbeidstakeres rett til fritt å ferdes i EØS etter EØS-avtalen artikkel 28 er rettferdiggjort, må ta hensyn til As grunnleggende frihet etter EØS-retten, samt hensynet til Cs beste og potensielt Bs rett til familieliv.

79 Det følger av dette at svaret på det andre spørsmålet må bli at EØS-avtalen artikkel 28 må tolkes slik at den i prinsippet ikke er til hinder for nasjonale regler som gjør retten til en forelder som barnet bor fast hos, men som har delt foreldreansvar, til å flytte med barnet til en annen EØS-stat for å bo og arbeide der, betinget av at den andre forelderen samtykker eller tar rettslige skritt med sikte på å få domstolens tillatelse, når dette vilkåret er utformet og anvendt på en måte som er egnet til å oppnå det valgte beskyttelsesnivået for å vareta barnets beste, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet.

80 Med forbehold om den anmodende domstols vurdering av formålene med den nasjonale lovgivningen synes et krav om at forelderen som barnet bor fast hos må innhente samtykke fra den andre forelderen eller domstolens tillatelse før flytting til utlandet når foreldrene har delt foreldreansvar for barnet, ikke å være egnet og nødvendig for å nå målet om at barnet skal opprettholde kontakt med begge foreldrene. Kravet kan imidlertid være egnet og nødvendig for å nå målet om at viktige beslutninger i barnets liv tas av dem som har foreldreansvaret.

81 EFTA-domstolen minner i denne sammenhengen om at opprettholdelsen av kontakten med begge foreldrene er et av momentene som må vurderes – konkret i den enkelte sak ved at det tas hensyn til personlige omstendigheter og familiens omstendigheter i den aktuelle saken – i en vurdering av hva som er til barnets beste. Å sikre at de voksne vergene som utøver foreldreansvaret tar beslutninger om et barns velferd, er også et relevant moment som må vurderes – også her konkret i den enkelte sak ved at det tas hensyn til personlige omstendigheter og familiens omstendigheter i den aktuelle saken – i en vurdering av hva som er til barnets beste. Det er imidlertid klart at også andre forhold, herunder blant annet barnets psykiske og fysiske helse, opplæringsbehov, utviklingsbehov og tilknytning til andre familiemedlemmer, som søsken, er viktige elementer som må veies opp mot rettighetene til fri bevegelighet etter EØS-avtalen artikkel 28.

82 For at den anmodende domstolens konkrete vurdering i den enkelte sak ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å sikre barnets beste, må den anmodende domstol ta hensyn både til bostedsforelderens rett til å ferdes fritt i EØS og til barnets beste, og kan ikke legge til grunn en presumsjon om at det alltid er til barnets beste å bli værende i Norge.

Spørsmål 1 – Direktiv 2004/38/EF

83 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstolen i hovedsak om det er forenlig med direktiv 2004/38/EF at en forelder hvor barnet bor fast, men som har delt foreldreansvar, må ha samtykke fra den andre forelderen eller tillatelse fra en nasjonal

domstol før vedkommende kan flytte til utlandet, samtidig som bostedsforelderen kan flytte innenlands uten forutgående samtykke eller tillatelse fra domstolen.

84 EFTA-domstolen minner om at når det gjelder en EØS-borger som ikke har utøvd økonomisk virksomhet, gir direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) en EØS-borger rett til fritt å flytte fra hjemstaten og bosette seg i en annen EØS-stat. En EØS-stat kan ikke hindre sine borgere i å flytte til en annen EØS-stat som ledd i utøvelsen av fri bevegelighet etter EØS-retten. Ifølge EFTA-domstolens faste rettspraksis kan en rett til fritt å flytte fra hjemstaten til en annen EØS-stat ikke bli oppnådd fullt ut dersom denne personen kan hindres i å utøve friheten ved at hjemstaten har satt opp hindringer for slik flytting (jf. dommen 27. juni 2014 i *Gunnarsson*, E-26/13, avsnitt 82, og dommen 26. juli 2016 i *Jabbi*, E-28/15, avsnitt 75 og 79 og rettspraksis som det vises til der).

85 Rettighetene som følger av direktiv 2004/38/EF artikkel 7 i hovedsaken, tilsvare de som er analysert over etter EØS-avtalen artikkel 28.

86 Som nevnt i avsnitt 47 kan en restriksjon som den i hovedsaken bare tillates dersom den forfølger et mål begrunnet i allmenne hensyn, er egnet til å sikre oppnåelsen av dette målet, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet.

87 EFTA-domstolen påpeker at A har gjort gjeldende at en restriksjon på rettighetene som gis EØS-borgere etter direktiv 2004/38/EF, bare kan begrunnes i samsvar med kravene fastsatt i direktiv 2004/38/EF kapittel VI. EFTA-domstolen understreker at tolkningen av direktivet må ta hensyn til den EØS-rettslige konteksten direktivet inngår i, og hvordan denne skiller seg fra EU-pilaren (jf. dommen 13. mai 2020 i *Campbell*, E-4/19, avsnitt 56).

88 Det bør minnes om at etter EU-domstolens faste rettspraksis er nasjonal lovgivning som er til ulempe for enkelte borgere av en medlemsstat bare fordi de har utøvd sin rett til å ferdes og oppholde seg fritt i en annen medlemsstat, en restriksjon på de friheter alle unionsborgere er gitt i artikkel 21 nr. 1 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte («TEUV»). Videre er det fast rettspraksis at mulighetene TEUV gir unionsborgerne når det gjelder fri bevegelighet, ikke kan være fullt ut effektive om borgere av en medlemsstat avskrekkes fra å benytte seg av disse rettighetene fordi borgerne møter hindringer som følge av sitt opphold i en annen medlemsstat, fordi lovgivningen i deres hjemstat stiller dem dårligere bare for å ha benyttet disse mulighetene (jf. dommen 22. februar 2024 i *Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date*, C-491/21, EU:C:2024:143, avsnitt 41 og 42 og rettspraksis som det vises til der).

89 EFTA-domstolen bemerker at EU-domstolen har lagt til grunn at en slik restriksjon, som begrenser utøvelsen av retten nedfelt i TEUV artikkel 21, bare kan begrunnes i lys av EU-retten dersom den er basert på objektive allmenne hensyn, er uavhengig av de berørte personenes statsborgerskap og står i forhold til det legitime målet som forfølges i nasjonal rett (jf. dommen i *Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date*, C-491/21, avsnitt 52 og rettspraksis som det vises til der).

90 Tilsvarende kan en restriksjon som kan tilskrives hjemstaten, slik som i hovedsaken, begrunnes med hensyn til EØS-avtalen og direktiv 2004/38/EF dersom den er begrunnet i objektive allmenne hensyn uavhengig av de berørte personenes statsborgerskap og står i forhold til det legitime formålet med de nasjonale bestemmelsene (jf. dommen i *Straffesak mot N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 85, 86 og 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen 26. oktober 2006 i *Tas-Hagen and Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676, avsnitt 33 og rettspraksis som det vises til der).

91 EFTA-domstolen minner videre om at enhver tolkning av direktiv 2004/38/EF må foretas i lys av og i tråd med grunnleggende rettigheter og friheter (jf. dommen i *Kerim*, E-1/20, sitert over, avsnitt 42 og 43). Som tidligere nevnt, er prinsippet om barnets beste et generelt EØS-rettslig prinsipp og inngår i retten til respekt for familieliv etter EMK artikkel 8. Det følger av dette at tiltak som begrenser en av rettighetene nedfelt i direktiv 2004/38/EF, i prinsippet kan rettferdiggjøres av målet om å sikre barnets beste, forutsatt at de er egnet til å sikre oppnåelsen av dette målet og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet.

92 Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen av en restriksjon etter direktiv 2004/38/EF, gjelder de samme betraktningene som etter EØS-avtalen artikkel 28.

IV SAKSOMKOSTNINGER

93 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 Borgarting lagmannsrett, herved følgende rådgivende uttalelse:

Artikkel 28 i EØS-avtalen og artikkel 7 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF må tolkes slik at de i prinsippet ikke er til hinder for nasjonale regler som gjør retten til en forelder som barnet bor fast hos, men som har delt foreldreansvar, til å flytte med barnet til en annen EØS-stat for å bo og arbeide der, betinget av at den andre forelderen samtykker eller tar rettslige

skritt med sikte på å få domstolens tillatelse, når dette vilkåret er utformet og anvendt på en måte som er egnet til å oppnå det valgte beskyttelsesnivået for å vareta barnets beste, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet.

For at den anmodende domstolens konkrete vurdering i den enkelte sak ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å sikre barnets beste, må den anmodende domstol ta hensyn både til bostedsforelderens frihet til å ferdes fritt i EØS og til barnets beste, og kan ikke legge til grunn en presumsjon om at det alltid er til barnets beste å bli værende i Norge.

Páll Hreinsson Bernd Hammermann Michael Reiertsen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 12 desember 2024.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President