RETTSMØTERAPPORT
i sak E-4/19

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

Melissa Colleen Campbell

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE)

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF, særlig artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2.

I Innledning

1. Ved brev 28. juni 2019, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, fremsatte Norges høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom Melissa Colleen Campbell og den norske stat v/Utlendingsnemnda.

2. Saken for den anmodende domstol gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak 23. desember 2016 om å bortvise Campbell på grunn av manglende oppholdsrett i Norge, jf. utlendingsloven kapittel 13. Campbell er canadisk borger og er gift med en norsk statsborger.

3. Campbell har bygget kravet om opphold i Norge på europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2. Den anmodende domstol oppgir at spørsmålet i saken er om direktivet gir Campbell en avledet rett til opphold i Norge, etter at hun og ektefellen har returnert etter opphold i Sverige. Saken reiser også spørsmål om forståelsen av enkelte av direktivets vilkår for opphold.

4. Den anmodende domstol oppgir at den søker veiledning i spørsmålet om analogisk anvendelse, som var temaet i sak E-28/15 *Yankuba Jabbi* mot *Den norske stat v/Utlendingsnemnda*, Sml. 2016 s. 575, i lys av senere praksis fra Den europeiske Unions domstol («EU-domstolen»). EFTA-domstolen bes også uttale seg om hva som ligger i vilkåret om at oppholdet i vertsstaten må ha hatt en sammenhengende varighet på tre måneder eller mer. Endelig ber Høyesterett om at EFTA-domstolen uttaler seg om det nærmere innhold i vilkåret om at oppholdet i vertsstaten må være reelt, også holdt opp mot bestemmelsen om misbruk i direktivets artikkel 35.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

5. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004 L 158, s. 77), rettet ved EUT 2004 L 229, s. 35, EUT 2005 L 30, s. 27 og EUT 2005 L 197, s. 34, («direktivet») ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») vedlegg VIII nr. 3 og vedlegg V nr. 1 og 2 ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17; «beslutning nr. 158/2007»). Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge, og beslutningen trådte i kraft i 1. mars 2009.

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

I avtalens vedlegg VII gjøres følgende endringer:

«[...]

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».»*

[...]

7. Sammen med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 vedtok avtalepartene en felleserklæring om innlemming av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF i avtalen («felleserklæringen»). Denne lyder:

Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten (nå EF-traktatens artikkel 17ff) har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS-avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis i EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.

Avtalepartene er enige om at innvandringspolitikk ikke er omfattet av EØS-avtalen. Bosettingsrettigheter for tredjelandsborgere faller utenfor avtalens anvendelsesområde, med unntak av rettigheter som gis gjennom direktivet til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-statsborger som utøver sin rett til fri bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelighet for EØS-statsborgere. EFTA-statene anerkjenner at det er av betydning for EØS-statsborgere som utøver sin rett til fri bevegelighet for personer, at deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere også kan nyte godt av visse avledede rettigheter som fastsatt i artikkel 12 nr. 2, artikkel 13 nr. 2 og artikkel 18. Dette berører ikke EØS-avtalens artikkel 118 og den framtidige utvikling av uavhengige rettigheter for tredjelandsborgere, som ikke faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.

8. Betraktning 5, 6, 7 og 10 i direktivet lyder:

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

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

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

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

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

10. Direktivet artikkel 6, som har overskriften «Oppholdsrett i inntil tre måneder», lyder etter tilpasningen ved beslutning nr. 158/2007:

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.

11. Direktivet artikkel 7, som har overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder etter tilpasningen ved beslutning nr. 158/2007:

1. Alle statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på over tre måneder dersom vedkommende

a) er lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten, eller

b) har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, samt har en sykeforsikring med full dekning i vertsstaten, eller

c) – er tatt opp ved en privat eller offentlig institusjon som er godkjent eller finansiert av vertsstaten på grunnlag av dens lovgivning eller administrative praksis, med hovedformål å følge et studium, herunder yrkesopprettet opplæring, og

– har sykeforsikring med full dekning i vertsstaten og godtgjør overfor den relevante nasjonale myndighet i form av en erklæring eller på en tilsvarende valgfri måte at vedkommende har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, eller

d) er familiemedlemmer som kommer sammen med eller slutter seg til en statsborger i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som oppfyller vilkårene nevnt i bokstav a), b) eller c).

2. Oppholdsretten fastsatt i nr. 1 skal også omfatte familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, når de kommer sammen med eller slutter seg til statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene i vertsstaten, forutsatt at statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene oppfyller vilkårene nevnt i nr. 1 bokstav a), b) eller c).

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

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

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

c) dersom det er behørig fastslått at vedkommende er ufrivillig arbeidsløs etter utløpet av en tidsbegrenset arbeidsavtale på under ett år, eller etter å ha blitt ufrivillig arbeidsløs i løpet av de første tolv månedene, og har registrert seg som arbeidssøkende ved den relevante arbeidsformidlingen. I så fall skal status som arbeidstaker beholdes i minst seks måneder,

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

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

12. Direktivet artikkel 11, som har overskriften «Oppholdskortets gyldighet», lyder:

[…]

2. Oppholdskortets gyldighet skal ikke påvirkes av midlertidige fravær som ikke overstiger seks måneder per år, eller av fravær av lengre varighet på grunn av obligatorisk militærtjeneste, eller av ett fravær på høyst tolv sammenhengende måneder av viktige årsaker som graviditet og fødsel, alvorlig sykdom, studier eller yrkesrettet opplæring, eller av utsending på grunn av arbeid til en annen medlemsstat eller tredjestat.

13. Direktivet kapittel IV, som har overskriften «Rett til fast opphold», inneholder avsnitt I, med overskriften «Berettigelse», med artikkel 16.

14. Direktivet artikkel 16, som tilpasset ved beslutning nr. 158/2007, har overskriften «Alminnelig regel for statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene og deres familiemedlemmer» og lyder:

1. Statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som har oppholdt seg lovlig i et sammenhengende tidsrom på fem år i vertsstaten, skal ha rett til fast opphold der. Denne rett skal ikke være underlagt vilkårene i kapittel III.

2. Nr. 1 får også anvendelse på familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, og som har oppholdt seg lovlig sammen med statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene i vertsstaten i et sammenhengende tidsrom på fem år.

3. Sammenhengen i oppholdet berøres ikke av midlertidige fravær som ikke overstiger til sammen seks måneder per år, eller av fravær av lengre varighet på grunn av obligatorisk militærtjeneste,

eller av ett fravær på høyst tolv sammenhengende måneder av viktige årsaker som graviditet og fødsel, alvorlig sykdom, studier eller yrkesrettet opplæring, eller utsending til en annen medlemsstat eller tredjestat.

4. Når retten til fast opphold er oppnådd, skal den gå tapt bare ved et fravær fra vertsstaten som overstiger to sammenhengende år.

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

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

Nasjonal rett og praksis

16. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven»)[1] kapittel 13 § 114 fastsetter at utlendinger som ikke er EØS-borgere, har oppholdsrett i Norge i mer enn tre måneder dersom de er familiemedlemmer til en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller dersom de er ektefeller, samboere eller forsørget barn under 21 år som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d.

17. Utlendingsloven § 110 lyder:

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

18. Utlendingsloven § 112 lyder:

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

> *a) er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende,*
>
> *b) skal yte tjenester,*
>
> *c) råder over tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og eventuelle medfølgende familiemedlemmer og er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, eller*
>
> *d) er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon. Det er et vilkår at formålet med oppholdet hovedsakelig er utdanning, herunder yrkesrettet utdanning, at vedkommende er*

[1] *Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her* (utlendingsloven). Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, og avgir en erklæring om at vedkommende har tilstrekkelige midler til å dekke underhold for seg selv og eventuelle familiemedlemmer.

19. Etter den relevante instruks fra Arbeids- og Sosialdepartementets til innvandringsmyndighetene, rundskriv AI-2/2017 («rundskrivet), følger det at for at et familiemedlem som er tredjelandsborger skal få avledet rett til opphold etter EØS-regelverket, må den returnerende norske borger være lønnstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter eller student eller ha bodd i en annen EØS-stat og hatt tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og sin familie. [2]

20. Rundskrivet bekrefter at beskyttelsen etter EØS-retten også gjelder situasjoner der norske borgere som aldri har flyttet til en annen EØS-stat, men som har ytt tjenester i en annen EØS-stat eller reist i embets medfør, omfattes av beskyttelsen gitt i relevant EØS-rett, og gjenspeiler EU-domstolens dommer i sakene C-60/00 *Carpenter* og C-457/12 *S og G*.

21. Rundskrivet nr. 3 fastsetter at vurderingen av om oppholdet i vertsstaten har vært faktisk og reelt, må gjøres i hver enkelt sak, og angir forhold som kan være relevante i denne vurdering. Ifølge rundskrivet er listen over slike forhold ikke uttømmende, og det er mulig å fremlegge alle typer dokumentasjon som kan vise at retten til å ferdes og oppholde seg fritt i en annen EØS-stat har blitt benyttet. Likevel fastsetter rundskrivet uttrykkelig at et av forholdene som vurderes, er om den norske borger har vært arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende, tjenesteyter eller student eller har hatt egne midler og oppholdt seg i en annen EØS-stat i minst tre måneder sammenhengende før returen til Norge (som viser til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80). Kortere opphold som helger og ferier oppfyller ikke vilkårene selv om de til sammen utgjør lengre tid (det vises til EU-domstolens dom 12. mars 2014, *O.* mot *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel og Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* mot *B.* («*O og B*»), C-456/12, EU:C:2014:135, avsnitt 59).

III Faktum og saksgang

22. Melissa Colleen Campbell, en canadisk statsborger, har siden juni 2012 vært gift med en norsk statsborger, Cecilie Arntzen Gjengaar. Hennes søknad om familiegjenforening for å bosette seg i Norge med Gjengaar ble avslått ved Utlendingsdirektoratets vedtak 8. oktober 2012. Utlendingsnemnda opprettholdt avslaget 12. desember 2012.

23. Senere i desember 2012 flyttet paret til Sverige hvor Gjengaar registrerte seg hos de lokale myndigheter og inngikk leiekontrakt for en leilighet i Mörsil, ca. 200 km fra

[2] *Instruks i saker om familiegjenforening etter EØS-regelverket*, vedtatt 31. mai 2017 av Arbeids- og sosialdepartementet.

Trondheim. Gjengaar søkte forgjeves arbeid i Sverige frem til 21. februar 2013, en periode på ca. syv uker. Den 21. februar 2013 begynte Gjengaar i arbeid på Hurtigruten i Norge med turnus på tre uker på arbeid og tre uker fri. Gjengaar hadde tidligere arbeidet på Hurtigruten i flere perioder mellom 2007 og 2012. I friperiodene reiste Gjengaar tilbake til Sverige, men hun oppholdt seg også tidvis i Trondheim og fra tid til annen på ferie i andre land. Gjengaar sluttet i jobben på Hurtigruten 10. september 2013.

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

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

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

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

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

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

30. Den norske stat ved Utlendingsnemnda anket dommen, og Borgarting lagmannsrett frifant staten i dom 31. oktober 2018. Borgarting lagmannsrett fant det ikke nødvendig å ta stilling til om en analogisk anvendelse av direktiv 2004/38/EF ville gitt avledet rett til opphold for tredjelandsborger ved retur til Norge i et tilfelle som det foreliggende. Etter

lagmannsrettens syn var vilkåret om sammenhengende opphold i vertsstaten uansett ikke oppfylt «der arbeidsoppholdene i hjemlandet er av en slik varighet som i vår sak».

31. Campbell anket til Høyesterett over Borgarting lagmannsretts rettsanvendelse. Høyesteretts ankeutvalg tillot anken fremmet i beslutning 25. februar 2019. I beslutning 27. mars 2019 ble forhandlingene for Høyesterett begrenset i medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd, slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om vilkårene om tilstrekkelige midler og sykeforsikring, jf. direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b.

32. Campbell fremsatte deretter ny anførsel om avledet rett til opphold som følge av at ektefellen har utøvet fri bevegelighet som arbeidstaker, jf. EØS-avtalen artikkel 28. I beslutning 5. april 2019 ga ikke Høyesteretts ankeutvalg tillatelse til å fremsette dette påstandsgrunnlag ikke skulle tillates fremmet. Reglene om arbeidstakere i EØS-avtalen artikkel 28 faller derfor utenfor saken for Høyesterett.

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

34. Høyesteretts anmodning, datert 28. juni 2019, ble registrert ved EFTA-domstolen samme dag.

35. Norges Høyesterett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

I. I lys av EU-domstolens nyere praksis hvor utgangspunktet i storkammerdommen 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O og B* om avledet rett til opphold har blitt fastholdt, og på bakgrunn av homogenitetsprinsippet, kommer direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. artikkel 7 nr. 2 ved analogi til anvendelse på en situasjon der en EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med sitt familiemedlem?

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

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

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

III. Hva ligger i vilkåret om at EØS-borgerens opphold i vertsstaten må ha vært «reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten», slik dette har kommet til uttrykk i blant annet EFTA-domstolens dom 26. juli 2016 i sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 80, EU-

domstolens dom 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O og B* avsnitt 51, jf. 56 og 57 og 5. juni 2018 i sak C-673/16 *Coman* avsnitt 24 og 26, også holdt opp mot misbrukslæren, jf. direktivets artikkel 35?

IV Skriftlige innlegg

36. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

– Campbell, representert ved advokat Anne-Marie Berg,

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

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

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

V Sammendrag av fremsatte anførsler

Campbell

37. For det første, når det gjelder spørsmålet om direktivet kommer til anvendelse, legger Campbell til grunn at EFTA-domstolen i *Jabbi*[3] kom til at direktivet artikkel 7 kan anvendes analogisk for å gi avledede rettigheter til opphold for EØS-borgeres familiemedlemmer når de returnerer til sin hjemstat etter opphold i en vertsstat. Følgelig har EFTA-domstolen allerede svart bekreftende på spørsmålet om direktivet kan anvendes analogisk under omstendigheter som i den foreliggende sak. Det er ingenting som tilsier at rettstilstanden i *Jabbi* burde endres. Videre er fri bevegelighet for personer en del av kjernen i EØS-retten, og en tolkning av direktivet som gir EØS-borgere lik beskyttelse, er i samsvar med målet om ensartethet som EFTA-domstolen har gitt uttrykk for i *Jabbi*. Endelig har ingen av avtalepartene i EØS-avtalen siden EFTA-domstolens dom i *Jabbi* truffet noe tiltak for å endre rettstilstanden slik den ble uttrykt i nevnte dom. Det er følgelig ingenting som tilsier at EFTA-domstolens rettsoppfatning i *Jabbi* burde bli satt til side.

38. Når det gjelder spørsmål 2(a), gjør Campbell gjeldende at det ikke foreligger noe krav om faktisk tilstedeværelse i tre måneder sammenhengende i vertsstaten for å kunne

[3] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over.

returnere til hjemstaten med et familiemedlem etter direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2. Et slikt krav kom heller ikke til uttrykk i EU-domstolens dom i *O og B*.[4] EFTA-domstolens uttalelse i *Jabbi* avsnitt 80 om «sammenhengende opphold» bør leses opp mot avsnitt 73 i samme dom, som viser til kravet om «lovlig opphold» i tre måneder i vertsstaten. Lovlig opphold er ikke det samme som faktisk opphold.

39. Når det gjelder spørsmål 2(b), gjør Campbell gjeldende at et «opphold» ikke blir avbrutt når en EØS-borger utfører skiftarbeid og i den anledning reiser regelmessig inn og ut av vertsstaten. Dette er spesielt tilfelle for arbeidsforhold som arbeidsforholdet den foreliggende sak gjelder, der Gjengaar arbeidet på et skip, men var bosatt i vertsstaten. Hvis et lovlig opphold i en vertsstat skulle bli avbrutt hver gang personen reiste ut av vertsstaten, ville dette utgjøre en hindring for den frie bevegelighet siden familiemedlemmer også ville måtte reise inn og ut av vertsstaten sammen med EØS-borgeren.

40. Til det tredje spørsmål gjør Campbell gjeldende at EU-domstolen i *O og B* kom til at for at et familiemedlem fra et tredjeland skulle kunne få avledede rettigheter til opphold fra en EØS-borger ved retur til hjemstaten, må EØS-borgeren ha oppholdt seg i vertsstaten slik at det reelt lå til rette for at de kunne etablere eller styrke familielivet i vertsstaten.[5] Opphold etter direktivet artikkel 7 nr. 1 vil være tilstrekkelig til å tilsi reelt opphold, siden opphold etter denne bestemmelse viser en persons hensikt om å oppholde seg på en slik måte at familielivet kan etableres eller styrkes. Imidlertid er det ingenting i EU-domstolens dom i *O og B* som tilsier at det foreligger noe *absolutt* tidskrav om tre måneders opphold i vertsstaten før returen til hjemstaten. Ifølge EU-domstolens dom i *O og B* er det *hensikten* om å oppholde seg i vertsstaten etter direktivet artikkel 7 som er avgjørende, ikke oppholdets faktiske varighet. I det enkelte tilfelle kan derfor et opphold på under tre måneder i vertsstaten være tilstrekkelig reelt så lenge hensikten var en annen. Det blir dermed avhengig av en konkret vurdering av den enkelte sak, som må baseres på et antall faktorer. Særlig hvis direktivets mål er å legge til rette for effektiv fri bevegelighet for personer, bør vurderingen av om oppholdet er tilstrekkelig reelt, omfatte flere faktorer enn den objektive varighet av oppholdet i vertsstaten.

41. I den foreliggende sak hadde Gjengaar til hensikt å oppholde seg i Sverige i mer enn tre måneder. Hun leide leilighet, meldte flytting og søkte arbeid i Sverige. Ektefellene hadde ikke noe annet husvære enn leiligheten i Sverige, og de bodde der i den utstrekning man kan forvente situasjonen tatt i betraktning.

42. Endelig, når det gjelder garantiene mot rettighetsmisbruk, gjør Campbell gjeldende at gitt at ekteskapet og oppholdet i vertsstaten var reelle, omfattes situasjonen ikke av bestemmelsen om rettighetsmisbruk.

---

[4] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over.
[5] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over.

43. Campbell har ikke noe konkret forslag til ordlyd i EFTA-domstolens svar.

Den norske stat

Spørsmål 1

44. Innledningsvis viser den norske stat til at EU-domstolen i sin dom i *O og B* la til grunn at det følger av en bokstavelig, systematisk og teleologisk tolkning av direktivet at direktivet ikke etablerer en avledet rett til opphold for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en unionsborger, i den medlemsstat unionsborgeren er borger av.[6] På denne bakgrunn anser den norske stat at EFTA-domstolen i *Jabbi* bevisst fravek EU-domstolens dom i *O og B*, noe EFTA-domstolen uttrykkelig erkjente.[7] Imidlertid er EFTA-domstolens begrunnelse i *Jabbi* tvetydig med hensyn til hvorfor den valgte å ikke følge EU-domstolen.

45. Ifølge den norske stat er den mest sannsynlige tolkning av EFTA-domstolens begrunnelse i *Jabbi* at EFTA-domstolen anså at tolkningen av direktivet ikke var avgjort ved *O og B*, da den oppfattet det slik at det var en viss spenning mellom *Eind*[8] og *O og B*.[9]

46. Den norske stat hevder imidlertid at den rettslige situasjon nå er annerledes. *O og B* ble bekreftet av EU-domstolen i fire senere dommer.[10] Tre av disse saker[11] gjaldt situasjoner der – som i *O og B* og den foreliggende sak – unionsborgeren og familiemedlemmet oppholdt seg i en annen medlemsstat og deretter krevde avledede rettigheter til opphold ved retur til unionsborgerens hjemstat. Videre viser den fjerde sak en streng overholdelse av direktivet, da det i denne dom ble fastslått at en unionsborger mister sin rett etter direktivet til opphold i en annen medlemsstat hvis vedkommende får statsborgerskap i denne medlemsstat og i denne egenskap bosetter seg i den stat der han eller hun er statsborger.[12] Følgelig er den norske stat av den oppfatning at det i samsvar med prinsippet etablert i *L'Oréal*,[13] nå er på sin plass å akseptere Høyesteretts oppfordring om å tilpasse tolkningen av direktivet til EU-domstolens dom i *O og B* og senere rettspraksis.

47. Den norske stat anser at EFTA-domstolens begrunnelse i *Jabbi* også kan tolkes på en annen måte. I hovedsak kan den forstås slik at prinsippet om ensartet tolkning innebærer

---

[6] Det vises til *O og B*, som omtalt over, avsnitt 37.

[7] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 65 til 68.

[8] Det vises til dom 11. desember 2007, *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771.

[9] Det vises til *O og B*, som omtalt over.

[10] Det vises til dommene 12. juli 2018, *Banger*, C-89/17, EU:C:2018:570; 10. mai 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354; 14. november 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862; og 5. juni 2018, *Coman m.fl.*, C-673/16, EU:C:2018:385.

[11] Det vises til dommene i *Banger*, *Chavez-Vilchez* og *Coman m.fl.*, alle som omtalt over.

[12] Det vises til dommen i *Lounes*, som omtalt over.

[13] Det vises til forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal,* Sml. 2008 s. 259.

at de samme rettigheter må være tilgjengelige i EØS-området og i EU, uten hensyn til forskjellene mellom de to rettsordener. Dersom dette var grunnlaget for EFTA-domstolens begrunnelse i *Jabbi*, ville en slik tilnærming, som ville innebære at direktivet skulle tolkes forskjellig i EØS-området og EU, slik den norske stat ser det, være i strid både med prinsippet om ensartet tolkning og rettsstatsprinsippet.

48. Når det gjelder prinsippet om ensartet tolkning, gjør den norske stat gjeldende at EFTA-domstolen i samsvar med EØS-avtalen artikkel 6 og artikkel 3 nr. 2 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA-avtalen») har tolket EØS-reglene på samme måte som EU-domstolen har tolket de tilsvarende EU-regler i den utstrekning de er «identical in substance».[14] I denne sammenheng er det fast rettspraksis at EFTA-domstolen skal tolke EØS-reglene i samsvar med rettspraksis fra EU-domstolen, uten hensyn til om EU-domstolens dom ble avsagt før eller etter at EØS-avtalen ble inngått.[15] En logisk følge av denne tilnærming – slik den ble uttrykt i *L'Oréal*[16] og nå nylig bekreftet i *Fosen-Linjen II*[17] – er at EØS-retten vil bli tolket i tråd med ny rettspraksis fra EU-domstolen uten hensyn til om EFTA-domstolen tidligere har avgjort samme spørsmål.

49. Den norske stat anfører at vurderingen av direktivet i den foreliggende sak ikke er komplisert. Direktivet har blitt innlemmet i EØS-avtalen med samme ordlyd som dets motstykke i EU. Følgelig foreligger det en formodning om at de innholdsmessig er identiske. Videre ble direktivet innlemmet ved beslutning nr. 158/2007 uten noen forbehold som for dette formål skulle tilsi at det foreligger spesifikke avvik med hensyn til direktivets virkeområde og formål. Det samme gjelder felleserklæringen, hvor det heter at innlemmelsen av direktivet ikke skal berøre forskjeller på primærrettslig nivå, dvs. fraværet i EØS-avtalen av bestemmelser tilsvarende TEUV artikkel 20 og 21 og begrepet unionsborgerskap der. Siden EU-domstolens vurdering i *O og B* skiller seg fra dens senere vurdering etter TEUV artikkel 21,[18] får EU-domstolens analyse av direktivets sammenheng og mål følgelig tilsvarende anvendelse i EØS-området.

50. For fullstendighets skyld gjør den norske stat videre gjeldende at hvis direktivet i mangel av en bestemmelse som tilsvarer TEUV artikkel 21, skulle anses i det alt vesentlige ikke å være identisk, ville følgen bli at prinsippet om ensartet tolkning ikke ville komme til anvendelse. EØS-avtalens mer begrensede virkeområde og formål ville da, hvis man tar som forutsetning at denne faktor er av betydning, tale for at direktivets virkeområde skulle forstås snevrere i EØS-området enn i EU. Å påstå at primærlovgivningen (hoveddelen av EØS-avtalen) skulle ha et snevrere virkeområde og formål, og at sekundærlovgivningen (direktivet) derfor må forstås bredere i EØS-området, ville stride mot all logikk. Dette ville

[14] Det vises til sak E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir* mot *Island*, Sml. 1998 s. 95, avsnitt 52 til 54 og 56.

[15] Det vises til *L'Oréal*, som omtalt over, avsnitt 28.

[16] Det vises til *L'Oréal*, som omtalt over, avsnitt 28.

[17] Det vises til sak E-7/18 *Fosen-Linjen II*, dom 1. august 2019, ennå ikke i Sml.

[18] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 37 til 43, jf. avsnitt 44 flg.

ikke bare medføre at *Polydor*-doktrinen[19] ble gjeninnført i EØS-retten, men hele doktrinen ville bli snudd på hodet.

51. Videre gjør den norske stat gjeldende at i den grad EFTA-domstolens begrunnelse i *Jabbi* kan anses å være basert på «et resultat som sikrer ensartethet» (dvs. at det leses rettigheter inn i EØS-avtalen som er etablert i EU på et rettslig grunnlag som ikke foreligger i EØS), ville en slik tanke være uforenlig med prinsippet om ensartet tolkning og andre EØS-rettslige prinsipper. For det første er ensartet tolkning begrenset til regler som i det alt vesentlige er identiske. Følgelig faller det utenfor prinsippet om ensartet tolkning å tolke EØS-regler (direktivet) i samsvar med EU-regler som ikke er innlemmet i EØS-avtalen (TEUV artikkel 21). For det andre ville dette gitt resultater som er i strid med prinsippet om ensartet tolkning, dersom regler som er innlemmet i EØS-avtalen, skulle tolkes på en annen måte enn de tilsvarende regler i EU. For det tredje medfører ikke prinsippet om likebehandling at rettigheter og plikter som følger av TEUV artikkel 21, bør utvides til å omfatte EØS-avtalen, da dette ville innebære at situasjoner som er forskjellige, skulle behandles likt. For det fjerde ville «et resultat som sikrer ensartethet» innebære at domstolene ville begynne med ensartet *lovgivning* ved å bygge bro mellom forskjeller i de to rettsordener, noe som i sin tur ville være i strid med maktfordelingsprinsippet, herunder avtalepartenes rett etter EØS-avtalen artikkel 118 til å utvide EØS-avtalens virkeområde.

52. Den norske stat gjør videre gjeldende at det mest grunnleggende element i prinsippet om ensartet tolkning er at EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler anvender samme *juridiske metode* som EU-domstolen. EØS-reglene må dermed tolkes i samsvar med *CILFIT*[20]-doktrinen, som ikke bare sikrer ensartet tolkning, men også at tolkningen av EØS-retten trekker veksler på de underliggende rettsstatprinsipper. Rettsstatsprinsippet er helt grunnleggende for EU-retten.[21] De to viktigste prinsipper som følger av rettsstatsprinsippet, er legalitet og forutberegnelighet.[22] Legalitetsprinsippet overlapper også med maktfordelingsprinsippet, og alle disse prinsipper – legalitet, maktfordeling, rettslig forutsigbarhet – er nedfelt i lovtolkningsprinsippene i EU og EØS-området, som særlig gjenspeiles i forbudet mot tolkning *contra legem*.[23] Ifølge EU-domstolens juridiske metode er det dermed ingen grunn til å komme til en annen tolkning enn det som følger av en bestemmelses ordlyd, sammenheng og formål.[24]

53. Den norske stat gjør videre gjeldende at tolkningen av direktivet i *O og B* gir konkret uttrykk for disse prinsipper. Direktivet artikkel 3 nr. 1 fastsetter at direktivet gjelder for

[19] Det vises til dom 9. februar 1982, *Polydor*, 270/80, EU:C:1982:43.

[20] Det vises til dom 6. oktober 1982, *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335.

[21] Det vises til dom 23. april 1986, *Les Verts*, 294/83, EU:C:1986:166, avsnitt 23.

[22] Det vises til kommisjonsmeldingen «A New Framework to Strengthen the Rule of Law», COM(2014) 158, s. 4.

[23] Det vises til generaladvokat Bobeks uttalelse i *Kommisjonen* mot *Tyskland*, C-220/15, EU:C:2016:534, avsnitt 32 til 41.

[24] Det vises til dom 7. juni 2018 i *Scotch Whisky Association*, C-44/17, EU:C:2018:415, avsnitt 27 og rettspraksis som det vises til der.

unionsborgere som flytter til eller oppholder seg «i en annen medlemsstat enn den de er borger i», og følgelig er ordlyden klar.[25] Dette underbygges av EU-domstolens kontekstuelle begrunnelse i *O og B*, som sett opp mot direktivet artikkel 6, 7 og 16, støttet en bokstavelig tolkning av direktivet artikkel 3 nr. 1.[26] Direktivets formål lar det heller ikke være rom for tvil siden – som EU-domstolen minnet om – folkeretten garanterer en borger rett til å oppholde seg i den stat han eller hun er borger av, noe som underbygger konklusjonen om at direktivet bare var ment å regulere opphold i andre medlemsstater.[27] Så å tolke direktivet annerledes i EØS-området ville innebære avvik fra den juridiske metode for tolkning av EU- og EØS-retten, herunder forbudet mot tolkning *contra legem* og i siste instans rettsstatsprinsippet.

Spørsmål 2 og 3

54. Gitt dens forslag til svar på første spørsmål, anser den norske stat at det ikke er nødvendig å besvare det andre og tredje spørsmål. Med forbehold om at det ikke berører dens anførsler knyttet til anvendelsen av direktivet, har den norske stat imidlertid også merknader til det andre og tredje spørsmål.

55. På grunnlag av EU-domstolens vurdering i *O og B*, hvor EU-domstolen ga klare og absolutte regler for to situasjoner i hver sin ende av spekteret av opphold, anfører den norske stat at det først må bringes på det rene om unionsborgeren og familiemedlemmet oppholdt seg i vertsstaten i medhold av direktivet artikkel 7, dvs. i mer enn tre måneder («tidskravet»). For det andre, selv om et opphold som oppfyller dette tidskrav i prinsippet er bevis på etablering («settling»), kan nasjonale myndigheter fortsatt kontrollere om dette opphold var «reelt» og faktisk gjorde det mulig å etablere eller styrke familielivet («det materielle krav»).

56. Når det gjelder tidskravet i direktivet artikkel 7, gjør den norske stat nærmere bestemt gjeldende at det dette krav i hovedsak gjelder, er grensedragningen mellom virkeområdet for direktivet artikkel 6 og artikkel 7. Ordlyden i både artikkel 6 og artikkel 7 i direktivet tilsier at EØS-borgeren må ha ett opphold («oppholde seg i et tidsrom») på over tre måneder før han eller hun ikke lenger er underlagt direktivet artikkel 6. Ett eller flere kortere opphold – alle av en varighet på under tre måneder – vil i hvert tilfelle omfattes av direktivet artikkel 6 og dennes artikkels mindre strenge krav. Dette understøttes også av det faktum at direktivet artikkel 6 ikke fastsetter noen karanteneperiode før unionsborgeren kan reise inn i vertsstaten igjen for et nytt opphold på inntil tre måneder. Den eneste bestemmelse som synes å kunne komme til anvendelse i denne sak, er direktivet artikkel 35 om misbruk. Denne konklusjon understøttes dessuten av en teleologisk tolkning. Det ville være i strid med formålet om å legge til rette for og styrke retten til å ferdes og oppholde seg fritt om myndighetene i vertsstaten kunne behandle opphold av kortere

[25] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 38 til 39.

[26] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 40.

[27] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 42.

varighet enn tre måneder samlet og dermed underlegge EØS-borgeren de strengere vilkår i direktivet artikkel 7 når den samlede oppholdstid overstiger tre måneder. Dermed vil en bokstavelig, kontekstuell og teleologisk tolkning tilsi at myndighetene i vertsstaten ikke har anledning til å kumulere tidsrom på under tre måneder for å underlegge den berørte person de strengere vilkår i direktivet artikkel 7. Dette er også slik myndighetene i Norge og Sverige har forstått grensedragningen mellom artikkel 6 og 7.

57. Den norske stat gjør videre gjeldende at denne konklusjon følger av *O og B*. En av sakene i nevnte dom gjaldt opphold som – til sammen – utgjorde en samlet varighet på over 6 måneder. Likevel anså ikke EU-domstolen at disse opphold var tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene i direktivet artikkel 7.[28] EFTA-domstolen slo også positivt fast i *Jabbi* at oppholdet i vertsstaten må ha hatt en sammenhengende varighet på tre måneder eller mer.[29] Ved å tilføye «sammenhengende» til «opphold» i entall gjorde EFTA-domstolen det klart at oppholdet i vertsstaten ikke må avbrytes i løpet av disse tre måneder.

58. Når det gjelder det materielle vilkår (dvs. «etablere seg» og «reelt opphold»), anfører den norske stat at det følger av *O og B*[30] at det ikke er nok å oppfylle tidskravet alene for å kunne konkludere med at vilkåret om «reelt opphold» er oppfylt. Å sidestille «reelt opphold» med ethvert opphold som kommer inn under direktivet artikkel 7 – som omfatter opphold fra fem års samboerskap i vertsstaten til så lite som tre måneder og én dag – vil kunne gi andre resultater enn i *Singh*[31] og *Eind*.[32] Dersom EU-domstolen hadde ment å utrykke at det å oppfylle vilkårene i Artikkel 7 alene per definisjon utgjør etablering, og dermed et reelt opphold, i motsetning til forbeholdet i «in principle», ville det ikke vært nødvendig med videre henvisning til «genuine recidence» og familieliv under denne perioden. EU-domstolen åpnet av den grunn for en uavhengig vurdering av om det materielle vilkår om «reelt opphold» er oppfylt.

59. Den norske stat leser EU-domstolens uttalelse i *O og B* slik at den la til grunn at reelt opphold betyr å «etablere seg» i vertsstaten.[33] I sin tur er begrepet å etablere seg i det store og hele synonymt med «vanlig bosted». Ifølge fast rettspraksis bestemmes «vanlig bosted» ut fra en rekke forhold, som «arbeidstakerens bosted; det faktum (der dette er tilfellet) at han har fast arbeid, samt hans hensikt slik denne fremgår av alle omstendigheter».[34] Denne ikke-uttømmende liste over faktorer er nå kodifisert i artikkel 11 i europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009.[35] Som generaladvokat

---

[28] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 59.

[29] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[30] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 53 til 57.

[31] Det vises til dom 7. juli 1992, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296.

[32] Det vises til dommen i *Eind*, som omtalt over.

[33] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 52, 53 og 57.

[34] Det vises til dommene 25. februar 1999, *Swaddling*, C-90/97, EU:C:1999:96; og 5. juni 2014, *I* mot *Health Service Executive*, C-255/13, EU:C:2014:1291, avsnitt 45 og rettspraksis som det vises til der.

[35] Det vises til dommen i *I* mot *Health Service Executive*, som omtalt over, avsnitt 46.

Sharpston påpekte i sin uttalelse i *O og B*,[36] synes disse faktorer likeledes relevante for å vurdere om en unionsborger har etablert seg i vertsstaten. Sammen med bruken av utrykket «evidence», kan EU-domstolens forbehold tyde på at det tidsmessige minstekrav utgjør en bevismessig presumsjon til fordel for reelt opphold. Som for alle presumsjoner, kan dette tilbakevises.

60. Den norske stat gjeldende at kravet om reelt opphold er vesensforskjellig fra begrepet misbruk, slik det fremgår av vilkårene sistnevnte begrep er underlagt.[37] Endelig anfører en norske stat at vilkåret om reelt opphold er en forutsetning for, og derfor distinkt fra, anvendelsen av forbudet for misbruk av EU/EØS-reglene.

61. Den norske stat foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Svar på spørsmål 1:

Det følger av en bokstavelig, systematisk og teleologisk tolkning av direktiv 2004/38 og av EU-domstolens faste rettspraksis at en tredjelandsborger som C. ikke er berettiget på grunnlag av direktivet til en avledet rett til opphold i den medlemsstat som hennes referanseperson er borger av.

Subsidiært, svar på spørsmål 2 og 3:

En avledet rett til opphold i den medlemsstat som referansepersonen er borger av, forutsetter blant annet at oppholdet i vertsstaten har vært tilstrekkelig reelt til å etablere eller styrke familielivet.

Opphold i vertsstaten etter og i samsvar med vilkårene i direktiv 2004/38 artikkel 7 nr. 1 og 2 er i prinsippet bevis på etablering der og derfor på unionsborgerens reelle opphold.

Oppholdet i vertsstaten må dermed være av minst tre måneders sammenhengende varighet. Dette betyr at det som et minimum må foreligge et uavbrutt opphold på mer enn tre måneder, mens kortere opphold, selv regnet sammen, faller inn under virkeområdet til direktiv 2004/38 artikkel 6 og oppfyller ikke dette vilkår.

Selv om oppfyllelsen av dette minstekrav til tid i prinsippet er bevis på etablering og dermed på reelt opphold i vertsstaten, kan denne formodning tilbakevises med bevis på det motsatte. Derfor er det den nasjonale domstol som må avgjøre om EØS-borgeren faktisk etablerte seg og følgelig reelt oppholdt seg i vertsstaten slik at det var mulig å etablere eller styrke familielivet. I denne sammenheng må det tas hensyn til faktorer som EØS-borgerens familiesituasjon, årsakene til at hun flyttet,

[36] Det vises til uttalelse fra generaladvokat Sharpston i *O og B* og *S og G*, sak C-456/12 og C-457/12, EU:C:2013:837, avsnitt 100.
[37] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 58.

varigheten av og sammenhengen i oppholdet, det faktum (der dette er tilfelle) at hun hadde fast arbeid, samt hennes hensikt slik denne fremgår av alle omstendigheter.

Reelt opphold er et vilkår for en avledet rett til opphold, på grunnlag av TEUV artikkel 21, i den stat referansepersonen er borger av. Det er derfor en forutsetning for, og skiller seg fra, anvendelsen av det generelle prinsipp at virkeområdet for EØS-retten ikke kan utvides til å dekke misbruk, som blant annet forutsetter formell overholdelse av vilkårene fastsatt i EØS-reglene.

ESA

62. ESA gjør gjeldende at den anmodende domstol har søkt veiledning om to innbyrdes forbundne aspekter ved direktivet, som den anmodende domstol beskriver som «krav om 'sammenhengende' opphold» og spørsmålet om hva som utgjør «reelt» opphold. Saken berører EFTA-domstolens faste rettspraksis: *Jabbi*[38] og *Gunnarsson*,[39] i lys av den kurs EU-domstolen har lagt i sin rettspraksis: *O og B*,[40] *Chavez-Vilchez*,[41] *Lounes*,[42] *Coman m.fl.*[43] og *Banger*.[44]

63. Selv om den anmodende domstol har begrenset sine spørsmål utelukkende til tolkningen av visse bestemmelser i rettspraksis, er det ifølge ESA ikke til hinder for at EFTA-domstolen kan gi den anmodende domstol alle de elementer for tolkning av EØS-retten som kan være til hjelp for avgjørelse av saken som står for den, uavhengig om domstolen konkret har nevnt dem i sine spørsmål eller ikke.[45] Svaret i en slik sak kan ikke begrenses til en analyse av kun visse konkrete bestemmelser i eksisterende rettspraksis uten å ta hensyn til direktivets overordnede mål og formål.

64. ESA foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 2 og 3 samlet, men i omvendt rekkefølge. ESA gjør gjeldende at en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger, kan få avledede rettigheter til opphold etter direktivet ved analogisk anvendelse på EØS-hjemstater.[46] Begrunnelsen for dette er i det store og hele å finne i *Jabbi*. For å kunne analysere de aktuelle bestemmelser i sin sammenheng og i lys av prinsippet om ensartethet

[38] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over.

[39] Det vises til sak E-26/13 *Gunnarsson*, Sml. 2014 s. 254.

[40] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over.

[41] Det vises til dommen i *Chavez-Vilchez*, som omtalt over, avsnitt 54 og 55.

[42] Det vises til dommen i Lounes, som omtalt over.

[43] Det vises til dommen i *Coman m.fl.*, som omtalt over.

[44] Det vises til dommen i *Banger*, som omtalt over.

[45] Det vises til dommene 5. mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, avsnitt 24; 19. september 2013, *Montull*, C-5/12, EU:C:2013:571, avsnitt 41; og 10. oktober 2013, *Alokpa og Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, avsnitt 20.

[46] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

må direktivet anvendes og tolkes forskjellig i EU- og EFTA-søylen i EØS-området, av de grunner EFTA-domstolen har redegjort for i sine dommer i *Jabbi* og *Gunnarsson*.

65. ESA anfører at begrepene «reelt» og «sammenhengende» opphold ikke er atskilte begreper og ikke innebærer ytterligere kriterier for å gi avledede rettigheter til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til EØS-borgere. ESA gjør gjeldende at disse begreper synes å være mistolket av den anmodende domstol så vel som i nasjonal forvaltnings- og domstolspraksis.

66. Innledningsvis anfører ESA at *Jabbi* begynte med at Yankuba Jabbi sendte en klage til ESA, som opprinnelig ble behandlet som en vanlig familiegjenforeningssak. ESA innledet en formell traktatbruddsprosedyre mot Norge i denne sak, men avsluttet saken 15. mai 2018 etter at Norge endret sin utlendingslovgivning og interne retningslinjer. Klagesaken i *Jabbi* ble imidlertid holdt åpen på grunn av den pågående behandling i nasjonale domstoler, og for å vurdere norske myndigheters og domstolers praksis i tilknytning til vurderingen av kravet om «reelt» opphold og begrepet «sammenhengende» opphold. Med det formål har ESA hatt formell korrespondanse med Norge. ESAs videre vurdering av klagesaken avventer nå EFTA-domstolens dom i den foreliggende sak.

67. ESA gjør gjeldende at etter at dommen i *Jabbi* ble avsagt, har norske domstoler hatt anledning til å behandle spørsmålene saken gjelder, i to forskjellige sakskompleks. Det første gjelder klageren i *Jabbi*, der den norsk stat ble frikjent av lagmannsretten 4. mai 2018 med den begrunnelse at oppholdet i vertsstaten ikke var tilstrekkelig reelt. Det andre er den serie av saker som har ført til saken som nå foreligger for EFTA-domstolen. ESA gjør gjeldende at de nasjonale domstolers avgjørelser i disse saker viser eksempler på noen av de måter kriteriene i *Jabbi* kan forstås på, og ikke alle er etter ESAs oppfatning i samsvar med EØS-retten.[47]

Spørsmål 1

68. ESA gjør gjeldende at den anmodende domstol ved sitt første spørsmål faktisk anmoder EFTA-domstolen om å reflektere over sin etablerte rettspraksis i *Jabbi* med hensyn til om direktivet får anvendelse på en returnerende EØS-borger, i lys av EU-domstolens rettspraksis som begynte med *O og B*[48] og fortsatte via *Chavez-Vilchez, Lounes* og *Coman m.fl.* til *Banger*.

69. ESA gransker *Jabbi* i detalj og begynner med å vurdere spørsmålet forelagt i samme sak. ESA anfører at EFTA-domstolen hadde merket seg at det hadde oppstått et «gap» mellom de to søyler i EØS som hadde blitt større med årene.[49] EFTA-domstolen drøftet og trakk frem *O og B*, der EU-domstolen i det minste delvis hadde støttet seg på begrepet

[47] Det vises til vedlegg 2, 3, 4 og 5 til ESAs skriftlige innlegg.

[48] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 54.

[49] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 62.

unionsborgerskap i TEUV artikkel 21 nr. 1, et rettslig grunnlag som ikke finnes i EFTA-søylen av EØS, og som rettslig sett ikke eksisterer i EØS-retten. Dermed understreket EFTA-domstolen at fri bevegelighet for personer er en del av kjernen i EØS-avtalen, og undersøkte følgelig om «det er mulig å oppnå ensartethet i EØS basert på et rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen».[50] I *Jabbi* vurderte EFTA-domstolen om avslaget på en avledet rett til opphold i Norge for tredjelandsborgeren utgjorde en hindring for den norske borgers rett til fri bevegelighet etter EØS-retten,[51] og kom i likhet med EU-domstolen til at når en EØS-borger som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, returnerer til sin hjemstat, krever EØS-retten at hans ektefelle gis en avledet rett til opphold i samme stat.

70. EFTA-domstolen påpekte at selv om rettspraksis gjaldt økonomisk aktive personer, var begrunnelsen 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. ESA gjør likevel gjeldende at denne avledede rett er underlagt en rekke vilkår.[52] I sin slutning påminner EFTA-domstolen om at alle EØS-stater har undertegnet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv.[53] På dette grunnlag kom EFTA-domstolen til at tredjelandsborgere som er gift med EØS-borgere, ved analogi må ha rettigheter til opphold avledet fra direktivet i en situasjon der EØS-borgeren har etablert eller styrket familielivet under et reelt opphold i en vertsstat.

71. ESA anser at EU-domstolens rettspraksis etter *O og B* og *Jabbi* ikke har betydning for slutningen i *Jabbi*. EFTA-domstolen fulgte i *Jabbi* opp sin avgjørelse i *Gunnarsson*[54] og oppnådde ensartethet i EØS-retten selv om den ikke kunne støtte seg på unionsborgerskapet. Dette gjorde den ved å benytte seg av tilgjengelig lovgivning i EØS-området, ved å anvende en formålsrettet tolkning av fri bevegelighet for personer og av direktivet og ved å støtte seg på prinsippet om ensartethet.[55] Ifølge ESA vil ethvert avvik fra EFTA-domstolens konklusjoner gjøre kløften mellom EU-retten og EØS-retten bredere og undergrave EØS-avtalen og oppnåelsen av dens mål. EFTA-domstolens mål var å oppnå et bestemt rettslig resultat, nemlig likebehandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere med hensyn til de fire friheter, i samsvar med femtende betraktning i fortalen til EØS-avtalen. Dette innebar å oppnå ensartethet når det gjaldt den beskyttelse som gis etter EUs rettsorden, som anerkjent av EU-domstolen i *O og B*, og den som gis etter EØS-avtalen.[56] Siden den behandling av enkeltpersoner som ble anerkjent av EU-domstolen i *O og B*, ganske enkelt har blitt stadfestet i senere rettspraksis, oppfordrer ESA EFTA-domstolen om å bekrefte sin avgjørelse i *Jabbi* og dermed sikre at enkeltpersoner og markedsdeltakere

[50] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 65 og 68.
[51] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 76.
[52] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 77, 79 og 80.
[53] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 81.
[54] Det vises til *Gunnarsson*, som omtalt over, avsnitt 79.
[55] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 68.
[56] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 70.

i EØS gis lik beskyttelse. *O og B* ble drøftet i detalj av begge parter og EFTA-domstolen i *Jabbi*, og EFTA-domstolen var helt klar over at EU-domstolen hadde tolket direktivet på en annen måte enn den selv. Siden EFTA-domstolen ikke kunne bruke TEUV artikkel 21, måtte den, for å gjøre direktivets rettigheter virksomme i EØS-området og sikre forenlighet mellom den beskyttelse og det omfang av rettigheter som gis etter EØS-retten og EU-retten, avlede disse rettigheter fra selve direktivet. At EU-domstolen har gjentatt sin tolkning, tilføyer ingenting.

72. ESA anfører videre at prinsippet om ensartethet må anvendes på en måte som er forenlig med formålet og målene for det aktuelle EØS-rettslige instrument. Prinsippet om ensartethet kan ikke brukes for å frata EØS-rettslige bestemmelser deres virkning. I den foreliggende sak innebærer dette at det må sees hen til direktivets kontekst og formål. EFTA-domstolen har uttalt at direktivets kontekst og mål er å fremme «the right of nationals of [EU] Member States and EFTA States and their family members to move and reside freely within the territory of the EEA States».[57] EFTA-domstolen har også understreket betydningen av å sikre beskyttelse for EØS-borgeres familieliv for å fjerne hindringer for deres utøvelse av retten til fri bevegelighet.[58] For å nå disse formål og sikre at de er effektive, benyttet EFTA-domstolen det rettslige instrument den har til rådighet, direktivet, for å gi tredjelandsborgere avledede rettigheter til opphold. Enhver annen tolkning av direktivet ville ha motvirket dets formål og fratatt det virkning.

73. I tillegg legger ESA vekt på at EFTA-domstolen har understreket betydningen av å tolke EØS-retten i lys av de grunnleggende rettigheter.[59] Prinsippet om ensartethet kan ikke brukes på bekostning av de grunnleggende rettigheter. Etter ESAs oppfatning gjorde EFTA-domstolen i *Jabbi* derfor rett i å anvende prinsippet om ensartethet for å sikre likebehandling.

Spørsmål 3

74. ESA forstår den anmodende domstol slik at den spør om tolkningen, og veiledning med hensyn til anvendelsen, av vilkårene for en avledet rett til opphold etter direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2. ESA gjør gjeldende at begrepene «reelt opphold» og «sammenhengende opphold» som tas opp i disse spørsmål, ikke er atskilte vilkår. «Sammenhengende opphold» er heller en faktor som kan vise om «reelt opphold» er oppfylt. ESA vil begynne med å behandle det tredje spørsmål i denne forstand.

75. ESA anfører for det første at det ikke finnes noen legaldefinisjon av «opphold» etter direktivet. Slik den ser det, må begrepet derfor tolkes på en ensartet måte og på selvstendig grunnlag i samsvar med direktivets bestemmelser og kan ikke være gjenstand for ulike

[57] Det vises til sak E-4/11 *Arnulf Clauder*, Sml. 2011 s. 216 avsnitt 34, og sak E-15/12 *Wahl*, Sml. 2013 s. 534. Det vises også EU-domstolens dom i *Coman m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 18 og rettspraksis som det vises til der.

[58] Det vises til *Arnulf Clauder*, som omtalt over, avsnitt 35.

[59] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 81.

tolkninger i EØS-statene.[60] Ifølge fast rettspraksis må en EØS-rettslig bestemmelse som ikke viser til lovgivningen i EØS-statene for å fastslå dens betydning og virkeområde, vanligvis gis en selvstendig, ensartet tolkning i hele EØS-området.[61] For å fastslå betydningen og virkeområdet for et slikt begrep i EØS-retten, må det blant annet sees hen til den sammenheng det forekommer i, og formålet med reglene som det inngår i.[62]

76. Direktivet innførte en trinnvis ordning for rett til opphold i vertsstater som ender i en rett til fast opphold. I så måte videreførte det rettstilstanden fra de tidligere direktiver og rettspraksis. Direktivet regulerer opphold på grunnlag av den planlagte varighet av enkeltpersonens opphold i EØS-vertsstaten.[63] ESA anfører at korttidsopphold, på under tre måneder, er av en art som kommer inn under direktivet artikkel 6 nr. 1. Rett til opphold i over tre måneder forutsetter at EØS-borgere som er migranter, enten utøver økonomisk virksomhet i vertsstaten eller har tilstrekkelige midler og sykeforsikring til å sørge for seg selv og sine familiemedlemmer, som fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1. Både direktivet artikkel 6 nr. 2 og 7 nr. 2 gir avledede rettigheter til EØS-borgeres familiemedlemmer som er tredjelandsborgere. I denne sammenheng kan EØS-borgere etter direktivet artikkel 7 nr. 1 etablere og styrke familielivet med en tredjelandsborger i en vertsstat.[64] Ifølge EU-domstolens og EFTA-domstolens egen rettspraksis kan dette bare skje når EØS-borgeren har «reelt opphold» i vertsstaten.

77. Begrepet «reelt opphold», som nevnt i *Jabbi*, er en omtrentlig oversettelse av det franske «*séjour effectif*», som forekommer i den franske utgaven av dommen i *O og B*[65], altså EU-domstolens arbeidsspråk. Ifølge ESA vil en mer bokstavelig oversettelse av det opprinnelige franske begrepet være «faktisk opphold», ikke «reelt opphold». Den anfører i forbifarten at ordet «*effectif*» også forekommer i selve direktivet, i artikkel 31 nr. 2, og der har blitt oversatt med «actual» i den engelskspråklige utgaven. Følgelig gjør ESA gjeldende at ordet «reelt» ikke bør vektlegges når det gjelder intensjonen til personer som søker å påberope seg rettigheter etter direktivet. Vurderingstemaet her er snarere om den aktuelle EØS-borger søkte å etablere eller styrke familielivet i vertsstaten. Den formodning som kommer til uttrykk i både *O og B* og *Jabbi*, er at opphold etter direktivet artikkel 7 nr. 1 faktisk oppfyller dette krav.[66]

---

[60] Det vises ved analogi til dommene 21. desember 2011, *Ziolkowski og Szeja*, C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, avsnitt 32 og 33; og 17. juli 2008, *Kozłowski*, C-66/08, EU:C:2008:437, avsnitt 41 og 42.

[61] Det vises til dommene 19. september 2000, *Linster*, C-287/98, EU:C:2000:468, avsnitt 43; og 18. oktober 2011, *Brüstle*, C-34/10, EU:C:2011:669, avsnitt 25.

[62] Det vises til dommene 10. mars 2005, *EasyCar*, C-336/03, EU:C:2005:150, avsnitt 21; 22. desember 2008, *Wallentin-Hermann*, C-549/07, EU:C:2008:771, avsnitt 17; 29. juli 2010, *UGT-FSP*, C-151/09, EU:C:2010:452, avsnitt 39; og *Brüstle*, som omtalt over, avsnitt 31.

[63] Elspeth Guild, Steve Peers og Jonathan Tomkin, *The EU Citizenship Directive*, OUP, 2014, s. 109.

[64] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51 til 56.

[65] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51 flg.

[66] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51.

78. ESA anfører videre at begrepet «reelt» ikke forekommer i direktivet artikkel 7, og heller ikke i andre relevante bestemmelser i direktivet. I et av de tidligere direktiver, direktiv 90/364/EØF, sto det imidlertid i femte betraktning at retten til opphold «kan bare utøves reelt dersom den også gis til medlemmer av familien». I denne sammenheng er «reelt» («genuineness») ikke et vilkår, men en beskrivelse av den fulle utøvelse av retten til opphold.[67]

79. ESA gjør gjeldende at i *O og B* drøftes «reelt» opphold først som en måte å beskrive en situasjon der det skapes hindringer for den frie bevegelighet i denne sammenheng.[68] Dette kan skje når en EØS-borger returnerer fra en vertsstat til hjemstaten, og hjemstaten nekter å gi avledet rett til opphold til EØS-borgerens familiemedlemmer som er tredjelandsborgere, i en situasjon der EØS-borgeren har oppholdt seg med sine familiemedlemmer i vertsstaten etter og i samsvar med EØS-retten.[69] Imidlertid kan denne hindring ikke skapes ved et hvilket som helst slags «opphold». Det er bare når det aktuelle opphold har vært «tilstrekkelig reelt til å etablere eller styrke familielivet i denne medlemsstat», at hjemstatens avslag på å gi avledede rettigheter til opphold kan skape en hindring for den frie bevegelighet.[70]

80. Etter ESAs vurdering er grunnen til å skille mellom ulike typer opphold at selv om TEUV artikkel 21 nr. 1 gir enhver unionsborger rett til å ferdes og oppholde seg fritt i medlemsstatene, er dette underlagt de begrensninger og vilkår som er fastsatt i traktatene og i sekundærlovgivning. Direktivet artikkel 6 og 7 er eksempler på slike begrensninger på retten til å ferdes og oppholde seg fritt og beskriver ulike typer «opphold» der ulike rettigheter og forpliktelser oppstår.

81. ESA gjør videre gjeldende at etter EU-domstolens vurdering var retten til opphold som gis etter direktivet artikkel 6, ikke tilstrekkelig reell til at unionsborgere som utøver denne rett, kan planlegge å etablere seg i vertsstaten på en måte som ville etablere eller styrke familielivet i denne stat. Som sådan ville ikke avslag på å gi slike rettigheter etter et opphold etter direktivet artikkel 6 skape en hindring for den frie bevegelighet.[71] Derimot kan avslag på å gi avledede rettigheter etter et opphold etter direktivet artikkel 7 nr. 1 skape en slik hindring. Ifølge EU-domstolen gir typen opphold beskrevet i nevnte bestemmelse «i prinsippet» bevis på etablering i vertsstaten, noe som går hånd i hånd med etablering og styrking av familielivet i vertsstaten.[72] På dette grunnlag gjør ESA gjeldende at for å kunne anses som «reelt», må det aktuelle opphold simpelthen være «i henhold til og i samsvar med» direktivet artikkel 7 nr. 1. Slik ESA ser det, endrer ikke avsnitt 24 og 26 i sak

---

[67] Det vises til rådsdirektiv 90/364/EØF av 28. juni 1990 om oppholdsrett, tidligere nevnt i EØS-avtalen vedlegg VIII nr. 6 og opphevet ved direktiv 2004/38/EF.

[68] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51.

[69] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51, lest i lys av avsnitt 47.

[70] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51.

[71] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 52.

[72] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 53.

C-673/16 *Coman m.fl.* noen av disse konklusjoner, da EU-domstolen i disse avsnitt bare bekreftet sin avgjørelse i *O and B.*

82. Selv om den anmodende domstols spørsmål[73] synes å ha blitt foranlediget av *Jabbi*, avsnitt 80, la ikke EFTA-domstolen etter ESAs syn noen spesiell vekt på begrepet «reelt» opphold.[74] EFTA-domstolens uttalelse er helt i tråd med EU-domstolens begrunnelse i *O og B* og *Coman m.fl.* Å innføre et eget vilkår ville vært i strid med prinsippet om ensartethet, da det vil innføre et vilkår i EFTA-søylen som ikke er til stede i EU. Uten noen konkret begrunnelse i den retning er det er usannsynlig at det skulle være EFTA-domstolens hensikt. I *Jabbi* er begrepet «reelt» simpelthen brukt for å beskrive en type opphold som gjør det mulig å etablere og styrke familielivet i vertsstaten.[75] Når det gjelder avlede rettigheter for tredjelandsborgere, innebærer dette simpelthen et opphold som er forenlig med direktivet artikkel 7 nr. 1.

83. ESA gjør gjeldende at den logiske følge er at «reelt opphold» ikke beskriver opphold av en bestemt grad, intensitet eller varighet, bortsett fra at det er opphold etter direktivet artikkel 7 nr. 1. Med andre ord beskriver det bare opphold der EØS-borgeren har til hensikt å oppholde seg i vertsstaten i mer enn tre måneder på en måte som er egnet til å etablere eller styrke familielivet i vertsstaten.

84. ESA gjør derfor gjeldende at svaret på det tredje spørsmål er at for at et opphold skal kunne anses som «tilstrekkelig reelt til å etablere eller styrke familielivet i denne medlemsstat» når det gjelder avledede rettigheter for familiemedlemmer til EØS-borgere som returnerer til sin hjemstat, må begrepet «reelt» forstås som opphold[76] etter og i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 på en måte som er egnet til å etablere eller styrke familielivet.

85. Vurderingen av om oppholdet kommer inn under direktivet artikkel 7 nr. 1, må gjøres på grunnlag av objektive faktorer, dvs. om det har funnet sted en faktisk flytting til en annen EØS-stat på grunnlag av direktivet artikkel 7 nr. 1. Uten at dette berører direktivet artikkel 35, har EØS-borgerens motiv for å bosette seg i vertsstaten ifølge ESA ingen betydning, og trenger ikke tas i betraktning.[77]

86. ESA gjør gjeldende at i hvilken grad oppholdet i vertsstaten er reelt eller faktisk, kan ha betydning ved vurdering av om det har forekommet misbruk av rettigheter. Denne vurdering er etter direktivet artikkel 35 en annen sak og ikke det samme som spørsmålet om «reelt opphold». I *Jabbi* er «reelt opphold» og «misbruk» oppført som atskilte

---

[73] Det vises til anmodningen om rådgivende uttalelse, avsnitt 35.

[74] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 65 og 80; og mer spesifikt i avsnitt 82 og slutningen.

[75] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[76] Det vises til Chiara Berneri, *Family Reunification in the EU*, Hart, 2017, s. 63.

[77] Det vises til dommene 23. mars 1982, *Levin*, 53/81 EU:C:1982:105, avsnitt 23; og 23. september 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, avsnitt 56 og 61.

begreper.[78] Ifølge ESA innebærer misbruk en todelt test: i) en kombinasjon av objektive omstendigheter der reglenes formål ikke er oppnådd til tross for at vilkårene i EØS-reglene formelt er oppfylt, og ii) eksistensen av en subjektiv hensikt om å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå den.[79] Bevisbyrden for at det har forekommet misbruk, ligger på EØS-statenes myndigheter. Nasjonale domstoler og myndigheter må bekrefte at det har forekommet misbruk på grunnlag av bevis i enkeltsaker, som må føres i samsvar med nasjonal lovgivning, forutsatt at effektiviteten ved EØS-retten ikke derved undergraves.[80] Misligholdsbestemmelsene søker i hovedsak å unngå at rettigheter innstiftet ved EØS-retten kan utøves gjennom bedrageri.[81] Nasjonale myndigheter må vurdere de aktuelle personers atferd i lys av målene EØS-retten forfølger, og handle på grunnlag av objektive bevis. De kan heller ikke konkludere med at et opphold i vertsstaten ikke er reelt bare fordi EØS-borgeren opprettholder en del bånd til sin hjemstat, for eksempel har eiendom der. Endelig utgjør ikke det enkle faktum at en person bevisst setter seg i en stilling som kan gi rettigheter etter EØS-retten, et tilstrekkelig grunnlag for å anta at disse rettigheter blir misbrukt.[82] I tråd med Kommisjonens veiledningen anfører ESA at hvis utøvelsen av EØS-rettigheter er reell, bør hjemstaten ikke stille spørsmål ved hvilke motiver EØS-borgeren hadde for å flytte.[83]

87. ESA understreker at rettighetene i direktivet er ment å bli utøvd. Om EØS-borgere tilpasser sine liv slik at de kan utøve sine rettigheter, utgjør ikke dette misbruk. Ved å utøve slike rettigheter legges det til rette for fri bevegelighet for personer, som er et sentralt mål for EØS-avtalen.[84]

88. Når det gjelder å vurdere misbrukselementet i den foreliggende sak, anfører ESA at det ville være relevant om paret for eksempel ikke faktisk hadde bodd i den leide leilighet eller Gjengaar ikke hadde returnert til leiligheten i periodene der hun på grunn av sitt arbeid hadde anledning til det.

Spørsmål 2

89. ESA gjør gjeldende at begrepet sammenhengende opphold bare fremstår som et uttrykkelig vilkår i direktivet artikkel 16 nr. 1. Direktivet artikkel 16 fastsetter at midlertidige fravær fra en vertsstat som til sammen ikke utgjør mer enn seks måneder i

[78] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[79] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 58.

[80] Det vises til dommene 14. desember 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, avsnitt 54; og 17. februar 2005, *Oulane*, C-215/03, EU:C:2005:95, avsnitt 56.

[81] Det vises til Dorota Leczykiewicz, «Prohibition of abusive practices as a 'general principle' of EU law», *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, s. 703–742, på s. 705; og Kommisjonens veiledning til bedre innarbeiding og anvendelse av direktiv 2004/38 (COM(2009) 313 final), nr. 4 og 4.3.

[82] Kommisjonsmelding om veiledning om bedre innarbeiding og anvendelse av direktiv 2004/38 (COM(2009) 313 final), nr. 4.

[83] Samme sted.

[84] Det vises til EØS-avtalen betraktning 5.

året, ikke påvirker sammenhengen i oppholdet. Lengre fravær på grunn av for eksempel obligatorisk militærtjeneste, eller ett fravær på høyst tolv sammenhengende måneder av viktige årsaker som graviditet og fødsel, alvorlig sykdom, studier eller yrkesrettet opplæring, eller utsending til en annen EØS-stat eller en tredjestat, er tillatt. Etter ESAs syn, fremgår det klart av ordlyden i denne bestemmelse at «sammenhengende opphold» ikke betyr «uavbrutt tilstedeværelse».

90. I motsetning til direktivet artikkel 16 gjelder artikkel 7 ikke oppnåelsen av en rettighet etter en viss periode og inneholder dermed ikke like detaljerte regler. Den omhandler snarere bare retten til opphold i mer enn tre måneder i vertsstaten og krever som sådan ikke «sammenhengende opphold». ESA er av den oppfatning at EFTA-domstolen i *Jabbi* ikke oppstilte sammenheng som noe formelt krav for at rettigheter kan avledes. I *Jabbi* er «reelt» opphold og «sammenheng» uttrykkelig fastsatt som ett vilkår.[85] Videre finnes ikke begrepet «sammenhengende opphold» i *O og B*, bare i *Jabbi.* På denne bakgrunn er det i følge ESA usannsynlig at EFTA-domstolen hadde til hensikt å innføre en regel i EØS-retten som ikke finnes i EU, uten noen redegjørelse for begrunnelse.

91. Når det gjelder varigheten av oppholdet som kreves for at vilkårene i direktivet artikkel 7 nr. 1 skal oppfylles, anfører ESA at det ikke er noe i artikkelen som tilsier at den aktuelle rett til opphold først begynner etter at tre måneders sammenhengende opphold er omme. Direktivet artikkel 7 nr. 1 oppstiller en rett til opphold i mer enn tre måneder. Skillet mellom artikkel 6 og 7 går på den planlagte varighet av oppholdet i vertsstaten. Både artikkel 6 og artikkel 7 i direktivet gjelder fra det øyeblikk EØS-borgerens opphold i vertsstaten begynner, og et opphold etter artikkel 7 innledes ikke nødvendigvis med et opphold etter artikkel 6 de første tre måneder. For å gi et eksempel kan en EØS-borger flytte til en vertsstat og ha til hensikt å bo der i over tre måneder, men kan så uventet bli hjemkalt til sin hjemstat på grunn av sykdom hos en slektning før de tre måneder er omme. Hvis EØS-borgeren i en slik situasjon ikke hadde anledning til å returnere til hjemstaten sammen med et familiemedlem som er tredjelandsborger etter direktivet artikkel 7 nr. 2, kunne EØS-borgeren avskrekkes fra å forlate hjemstaten for å utøve sin rett til opphold.[86]

92. ESA gjør gjeldende at et av den anmodende domstols spørsmål i *O og B* gjaldt spørsmålet om en eventuell minstevarighet.[87] Hva dette angår, hadde generaladvokat Sharpston følgende påpekning: «I see no basis for saying that, in such circumstances, the EU citizen should be required temporarily to sacrifice his right to a family life (or, put slightly differently, that he should be prepared to pay that price in order subsequently to be able to rely on EU law as against his own Member State of nationality)».[88] EU-domstolens dom synes ikke å ta dette moment opp direkte.[89] Det er imidlertid viktig å merke seg at

[85] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[86] Det vises tilsvarende til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 54.

[87] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 32.

[88] Det vises til generaladvokat Sharpstons uttalelse i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 110.

[89] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 59.

EU-domstolen ikke fastslo at «oppholdet» minst måtte være på tre måneder. Etter ESAs oppfatning innebærer generaladvokatens uttalelse og EU-domstolens avgjørelse at det ville være feil å konkludere med at EU-domstolen hadde til hensikt å innføre et varighetskrav i direktivet artikkel 7 som ikke finnes i teksten. Faktisk mener ESA at man med rette kan konkludere med det motsatte.

93. I *Jabbi* påpekte EFTA-domstolen umiddelbart etter setningen som oppstiller reelt opphold, at «[o]ppholdet i vertsstaten må være av minst tre måneders sammenhengende varighet». Begrepene reelt og varighet forekommer sammen som en del av det første av tre vilkår for avledet rett til opphold for en tredjelandsborger. Følgelig er det etter ESAs syn hensiktsmessig å anse dem som en del av en definisjon av begrepet «opphold» etter direktivet artikkel 7 nr. 1.[90] Disse krav i *Jabbi* bør dermed forstås som et sammendrag av EU-domstolens rettspraksis og ikke som et forsøk fra EFTA-domstolen på å innføre selvstendige krav for opphold etter artikkel 7. Så vidt ESA bekjent, var det ingen av partene i *Jabbi* som påsto at noe slikt krav burde innføres. Spørsmålet om varighet ble dessuten heller ikke nevnt i sammendraget i avsnitt 82 av dommen, og heller ikke i dommens slutning.

94. ESA gjør gjeldende at det ved vurdering av sammenhengen i et opphold er irrelevant om avbruddene i EØS-borgerens fysiske tilstedeværelse i vertsstaten er regelmessige eller uregelmessige.[91] Faktisk ville et krav om fysisk tilstedeværelse virke som et forbud mot å gjøre korte reiser ut av vertsstaten. Dette ville først og fremst kunne virke avskrekkende på utøvelsen av rettighetene gitt i direktivet artikkel 7 nr. 1.[92] Etter ESAs syn er årsaken til et slikt avbrudd av samme grunn irrelevant så lenge oppholdet fortsatt kommer inn under direktivet artikkel 7 nr. 1.

95. ESA gjør gjeldende at hvis en EØS-borger flytter til en vertsstat og oppholder seg der (eller har til hensikt å oppholde seg der) i mer enn tre måneder (på grunnlag av direktivet artikkel 7), avbrytes ikke oppholdet bare fordi EØS-borgeren har reist tilbake til hjemstaten i noen helger (eller til og med lengre perioder) eller gjort korte reiser til andre EØS-stater. Dette kan bare betegnes som avbrutt tilstedeværelse, ikke avbrutt opphold.

96. I den foreliggende sak forlot Gjengaar Sverige hver tredje uke for å arbeide om bord på et norsk skip i tre uker, men hun bodde fortsatt i Sverige med sin kone og bodde der under sine tre uker fri. Hennes hjem synes i denne periode å ha vært i Sverige sammen med sin ektefelle. I dommen som ble anket til Høyesterett i den foreliggende sak, brukte lagmannsretten begrepet «*sammenhengende opphold*» og konkluderte med at Gjengaars opphold i Sverige ikke var «*sammenhengende*» i mer enn tre måneder.[93] ESA gjør

[90] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[91] Det vises til generaladvokat Sharpstons uttalelse i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 102.

[92] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 52 og 53.

[93] Det vises til vedlegg 2 og 3 til ESAs skriftlige innlegg.

gjeldende at konklusjonen om at Gjengaars opphold i Sverige ble avbrutt av hennes reiser utenlands, var en snever og feilaktig forståelse og anvendelse av *Jabbi*.

97. Avslutningsvis anfører ESA at alle dens innlegg understøtter argumentet om at begrepet «sammenhengende opphold» av en varighet på mer enn tre måneder bør forstås slik at oppholdet i vertsstaten må være forenlig med direktivet artikkel 7 nr. 1. Med andre ord må EØS-borgeren og hans eller hennes ektefelle ha hatt til hensikt å oppholde seg i vertsstaten i en periode på mer enn tre måneder.

98. ESA gjør gjeldende at EFTA-domstolen bør besvare spørsmålene på følgende måte:

1. Hvor en EØS-borger under et reelt opphold har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 7 nr. 1 bokstav b og nr. 2 i direktiv 2004/38, i en annen EØS-stat enn den han eller hun er borger av, kommer direktivets bestemmelser til analogisk anvendelse hvis vedkommende EØS-borger returnerer sammen med det aktuelle familiemedlem til sin hjemstat.

2. Opphold i en EØS-vertsstat er tilstrekkelig reelt til å legge til rette for etablering eller styrking av familielivet i denne EØS-stat, og dermed innstifte en avledet rett til opphold for en EØS-borgers familiemedlem som er tredjelandsborger ved retur til EØS-hjemstaten, hvis oppholdet er «i henhold til og i samsvar med» artikkel 7 nr. 1 i direktiv 2004/38. Det er ikke noe krav om minste oppholdstid i EØS-vertsstaten så lenge det foreligger en hensikt om å oppholde seg der i mer enn tre måneder, og midlertidige fravær fra EØS-vertsstaten i løpet av oppholdstiden utgjør ikke avbrudd i oppholdet.

Kommisjonen

Spørsmål 1

99. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen i en serie dommer som ble innledet med *O og B*,[94] har lagt til grunn at under en unionsborgers reelle opphold i en annen medlemsstat enn den han er borger av, etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet, der et familieliv etableres eller styrkes i nevnte medlemsstat, krever effektiviteten av rettighetene unionsborgeren er gitt etter TEUV artikkel 21 nr. 1 at vedkommende borgers familieliv i samme medlemsstat kan fortsette når han returnerer til den medlemsstat han er borger av, ved at det aktuelle familiemedlem som er tredjelandsborger får en avledet rett til opphold.

100. Hvis ingen slik avledet rett til opphold ble gitt, kunne vedkommende unionsborger bli avskrekket fra å forlate den medlemsstat han er borger av for å utøve sin rett til opphold etter TEUV artikkel 21 nr. 1 i en annen medlemsstat, fordi han ville være usikker på om

[94] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 54.

han vil kunne fortsette et familieliv i sin hjemstat som har blitt etablert eller styrket i vertsstaten.[95]

101. Selv om direktivet ikke omfatter slik retur,[96] må det anvendes analogisk på de vilkår for opphold som gjelder for en unionsborger i en annen medlemsstat enn den han er borger av, gitt at det i begge tilfelle er unionsborgeren som er referansepersonen som den avledede rett til opphold for tredjelandsborgeren som er medlem av hans familie, er knyttet til.[97] Vilkårene for å kunne gi en avledet rett til opphold må ikke være strengere enn dem som er fastsatt i direktivet 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 borger av.[98]

102. Kommisjonen gjør gjeldende at selv om EØS-avtalen ikke inneholder noen horisontal bestemmelse som gjenspeiler TEUV artikkel 21, har direktivet kommet til anvendelse praktisk talt uendret siden 1. mars 2009 siden det har vært innlemmet i de relevante vedlegg til EØS-avtalen. Kommisjonen anfører videre at EFTA-domstolen i *Jabbi* la til grunn at *O og B* må leses i sin rette rettslige sammenheng, herunder med hensyn til begrepet unionsborgerskap.[99]

103. Kommisjonen anfører at EFTA-domstolen kom til at når en EØS-borger utøver sin rett til fri bevegelighet, kan han ikke avskrekkes fra å utøve denne rett ved at ektefellen hindres i å reise inn i og oppholde seg i EØS-borgerens hjemstat.[100] Følgelig må hans ektefelle, når han returnerer til sin hjemstat, gis en avledet rett til opphold i samme stat.[101]

104. På dette grunnlag kom EFTA-domstolen i *Jabbi* til at i en situasjon der en EØS-borger har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en annen EØS-stat enn den han er statsborger av, vil bestemmelsene i direktivet analogisk komme til anvendelse på en situasjon der EØS-borgeren returnerer til sin hjemstat sammen med familiemedlemmet.[102]

105. Kommisjonen gjør gjeldende at *O og B* har blitt fulgt ved mange anledninger uten at det har blitt stilt spørsmål ved den. Det er ingen grunn til å sette spørsmålstegn ved EFTA-domstolens tilnærming i *Jabbi*, som følger *O og B*, med nødvendig tilpasning for å ta hensyn til EØS-avtalens kontekst. Enhver annen konklusjon ville føre til en situasjon der

---

[95] Det vises til dommene i *Coman m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 24; 27. juni 2018, *Altiner og Ravn*, C-230/17, EU:C:2018:497, avsnitt 26; og *Banger*, som omtalt over, avsnitt 27 og 28.

[96] Det vises til dom 18. desember 2014, *McCarthy m.fl.*, C-202/13, EU:C:2014:2450.

[97] Det vises til dommene i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 50, og *Altiner og Ravn*, som omtalt over, avsnitt 27.

[98] Det vises til dommen i *Coman m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 25 og 54.

[99] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 67.

[100] Det vises til *Gunnarsson*, som omtalt over.

[101] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 77.

[102] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 82 og slutningen.

fri bevegelighet for personer ikke kan utøves i EØS-området på samme vilkår som i EU, noe som uten tvil ville undergrave samarbeidets utvikling og gjennomføringen av målene for EØS-avtalen.[103]

Spørsmål 2 og 3

106. Kommisjonen gjør gjeldende at disse spørsmål bør behandles samlet siden «sammenhengende» og «reelt» opphold er to sider av samme sak.

107. Kommisjonen gjør gjeldende at EFTA-domstolen i *Jabbi* blant annet konkluderte med at for at avledede rettigheter til opphold skal kunne oppstå, må EØS-borgerens opphold i vertsstaten ha vært «reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten». EFTA-domstolen la videre til grunn at oppholdet i vertsstaten må være av minst «tre måneders sammenhengende varighet».[104] I *O og B* kom EFTA-domstolen til at hvis en unionsborger har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en medlemsstat som han ikke er borger av, etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7, får direktivets bestemmelser analogisk anvendelse når han returnerer med dette familiemedlem til sin hjemstat.[105]

108. Når det gjelder «reelt opphold», anfører Kommisjonen at en hindring for å forlate hjemstaten først oppstår når unionsborgerens opphold i vertsstaten har vært tilstrekkelig reelt til at han kunne etablere eller styrke familielivet der. Hvis borgeren utøver rettigheter kun etter direktivet artikkel 6, har han ikke til hensikt å etablere seg i vertsstaten på en måte som etablerer eller styrker familielivet der. For en unionsborger som har til hensikt å utøve sine rettigheter etter direktivet artikkel 7 nr. 1, er situasjonen imidlertid en annen. Følgelig er opphold i vertsstaten etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1, i prinsippet bevis på etablering der og derfor på unionsborgerens reelle opphold i vertsstaten. Oppholdets «reelle» art vurderes dermed ved å kontrollere om oppholdet var i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2.[106] Bare et opphold som oppfyller direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 eller artikkel 16 nr. 1 og 2, kan gi opphav til en avledet rett til opphold for en unionsborgers familiemedlem som er tredjelandsborger, når unionsborgeren returnerer til den medlemsstat han er borger av.[107]

109. Kommisjonen gjør gjeldende at artikkel 7 ikke spesifiserer at noen slik rett til opphold kan utøves først etter at de tre måneder er utløpt. Hvis for eksempel unionsborgeren umiddelbart ved ankomst i vertsstaten oppfyller et av vilkårene fastsatt i

---

[103] Det vises til dom 26. september 2013 i *Storbritannia* mot *Rådet*, C-431/11, EU:C:2013:589, avsnitt 59.

[104] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 80.

[105] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 61 og slutningen.

[106] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 51 til 53.

[107] Det vises til dommen i *O og B*, som omtalt over, avsnitt 59.

direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav a til c, vil han umiddelbart utøve en rett til opphold etter direktivet artikkel 7, forutsatt at han har til hensikt å etablere seg der.

110. Om det kommer frem at den norske borger for eksempel oppfylte artikkel 7 nr. 1 bokstav b da hun ankom Sverige, vil dette i den foreliggende sak følgelig innebære at hun, og hennes ektefelle, begge var bosatt i angjeldende EØS-stat etter direktivet 7 fra og med samme dato forutsatt at de hadde til hensikt å etablere seg der på en slik måte at familieliv kunne etableres eller styrkes. Dette spørsmål må besvares ut fra sakens omstendigheter.

111. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen i *O og B*, ikke krevde at oppholdet etter direktivet artikkel 7 skulle være sammenhengende.

112. Slik Kommisjonen ser det, bør uttalelsen i *Jabbi* om at det kreves tre måneders «sammenhengende» opphold i vertsstaten, ikke forstås som et tilleggsvilkår for en avledet rett til opphold ved retur, men som en henvisning til opphold etter direktivet artikkel 7, i motsetning til opphold etter direktivet artikkel 6, da sistnevnte bare kan vare i inntil tre måneder. Det er heller ingen særtrekk ved EØS-avtalen som tilsier at det skulle stilles tilleggskrav. Det hadde vært nok om EFTA-domstolen hadde begrenset seg til en konklusjon om at det rette vurderingstema ville være om EØS-borgeren har «etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger under et reelt opphold i en EØS-stat», slik den gjorde andre steder i dommen.[108]

113. Subsidiært gjør Kommisjonen gjeldende at den nøyaktige betydning av «tre måneders sammenhengende varighet» for opphold i vertsstaten må klargjøres. Det kan ikke bety at EØS-borgeren aldri kan forlate vertsstaten. Kommisjonen anfører at EFTA-domstolen i *Jabbi* viste til «opphold», et rettslig begrep, og ikke til (faktisk) fysisk tilstedeværelse. Den gjør gjeldende at det kan trekkes en parallell med direktivet artikkel 16, som med henvisning til artikkel 3 fastsetter at midlertidige fravær ikke påvirker sammenhengen i oppholdet. Det kan videre trekkes en parallell med direktivet artikkel 11 nr. 2. Vilkårene i denne bestemmelse tillater at en person betraktes som bosatt i vertsstaten selv om han i realiteten er borte inntil seks måneder i året.

114. På samme måte bør ethvert vilkår om sammenhengende opphold etter Kommisjonens oppfatning leses på en tilsvarende måte slik at det tillates fravær av rimelig varighet, forutsatt at fraværene ikke er så omfattende at de er uforenlige med ivaretakelsen av familielivet i vertsstaten og en hensikt om å bosette seg der. Anvendt på den foreliggende sak er det enighet om at partene bodde sammen i en uavbrutt periode på to måneder i Sverige. Deretter arbeidet den norske borger om bord på et skip i Norge i tre ukers turnus med tre uker fri mellom arbeidsperiodene, da hun vanligvis reiste tilbake til Sverige. I utgangspunktet er ikke et slikt mønster uforenlig med at tiden som ble tilbrakt i

[108] Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 61 og slutningen.

Sverige kunne være sammenhengende, hvis man bruker vilkårene i direktivet artikkel 16 nr. 3 retningsgivende.

115. På bakgrunn av ovenstående anførsler anser Kommisjonen at ethvert opphold etter og i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2 for en EØS-borger i en annen EØS-stat enn den han er borger av, der EØS-borgeren har etablert eller *styrket* familielivet med en tredjelandsborger, etablerer en avledet rett til opphold for tredjelandsborgeren når EØS-borgeren returnerer til sin hjemstat.

116. Kommisjonen forklarer at denne konklusjon ikke berører direktivet artikkel 35, som tillater medlemsstatene å håndtere misbruk og bedrageri på vilkårene fastsatt i nevnte bestemmelse. I denne sammenheng understreker Kommisjonen at det følger av rettspraksis[109] at det enkle faktum at en person bevisst setter seg i en situasjon som gir en rettighet, ikke i seg selv utgjør et tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger misbruk, for retten til opphold i en annen EØS-stat er en iboende del av utøvelsen av retten til fri bevegelighet, uten hensyn til hvilke motiv som måtte ha utløst flyttingen.[110]

117. Kommisjonen foreslår at spørsmålene besvares på følgende måte:

(1) I en situasjon der en EØS-borger under et reelt opphold har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger, etter og i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2 i direktiv 2004/38/EF, i en annen EØS-stat enn den han er borger av, kommer direktivets bestemmelser analogisk til anvendelse hvis vedkommende EØS-borger returnerer sammen med det aktuelle familiemedlem til sin hjemstat.

(2) Ethvert opphold etter til og i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2 i direktiv 2004/38/EF for en EØS-borger i en annen EØS-stat enn den han er borger av, der EØS-borgeren har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger, innebærer at bestemmelsene i direktivet får analogisk anvendelse for EØS-borgeren når denne returnerer til sin hjemstat.

Bernd Hammermann
Saksforberedende dommer

---

[109] Det vises til dommene 9. mars 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, avsnitt 27; og 7. juli 2005, *Kommisjonen* mot *Østerrike*, C-147/03, EU:C:2005:427, avsnitt 67 til 70.

[110] Det vises til dommen i *Akrich*, som omtalt over, avsnitt 55.