



NORGES HØYESTERETT

EFTA Court
Rue du Fort Thungen
1499 Luxembourg
Luxembourg

Dok 127

Sak nr. 19-008666SIV-HRET, sivil sak, anke over dom: Anmodning om rådgivende tolkingsuttalelse

1 INNLEDNING

- (1) I medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkingsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51a, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i sak nr. 19-008666SIV-HRET. Ankende part i saken er Melissa Colleen Campbell, mens staten ved Utlendingsnemnda (UNE) er ankemotpart.
- (2) Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak 23. desember 2016 om å bortvise Melissa Colleen Campbell på grunn av manglende oppholdsrett i Norge, jf. utlendingsloven kapittel 13. Campbell er canadisk statsborger.
- (3) Campbell har bygget kravet om opphold i Norge på Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. artikkel 7 nr. 2. Hun er gift med en norsk statsborger. Spørsmålet i saken for Høyesterett er om direktivet gir Campbell avledede rettigheter 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) EFTA-domstolen har ved dom 26. juli 2016 i sak E-28/15 *Jabbi* avgitt rådgivende uttalelse om analogisk anvendelse av direktivet. Høyesterett ber nå om en uttalelse om spørsmålet om analogisk anvendelse av direktivet i lys av senere praksis fra 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 innholdet i vilkåret om at oppholdet i vertsstaten må være reelt, også holdt opp mot bestemmelsen om misbruk i direktivets artikkel 35.

2 OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

(5) De involverte partene i saken for Høyesterett er:

(6) Ankende part: *Melissa Colleen Campbell*

Prosessfullmektig: Advokat Anne-Marie Berg

Advokatgården
Postboks 500
7405 Trondheim

(7) Ankemotpart: *Staten ved Utlendingsnemnda*

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
ved advokat Pål Wennerås
Postboks 8012 Dep
0030 Oslo

3 SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

(8) Melissa Colleen Campbells anke til Høyesterett gjelder rettsanvendelsen. Partene har for Høyesterett vært enige om lagmannsrettens fremstilling av sakens faktum. Lagmannsretten har innledningsvis i dommen beskrevet saksforholdet og saksgangen i forvaltningen slik:

«Melissa Campbell er canadisk statsborger. Hun inngikk ekteskap med norsk borger Cecilie Arntzen Gjengaar i juni 2012. Gjengaar var bosatt i Norge. Campbell søkte om familiegjenforening med Gjengaar etter utlendingsloven kapittel 6, men fikk avslag ved Utlendingsdirektoratets vedtak 8. oktober 2012. UNE opprettholdt avslaget 12. desember samme år.

Campbell søkte 5. juni 2014 om oppholdsrett som familiemedlem til EØS-borger, jf. utlendingsloven kapittel 13. Hun opplyste at hun hadde bodd i Sverige sammen med sin ektefelle i tiden fra desember 2012 til januar 2014. Utlendingsdirektoratet avsto søknaden 23. september 2014 og traff samtidig vedtak om bortvisning av Campbell fra Norge under henvisning til at hun manglet nødvendig tillatelse etter utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 17 første ledd bokstav d. UNE opprettholdt vedtaket 23. desember 2016, idet Campbell etter UNEs syn ikke fylte vilkårene for oppholdsrett etter EØS-reglene. UNE fant det heller ikke uforholdsmessig i utlendingslovens forstand å bortvise Campbell. Etter begjæring om omgjøring av vedtaket traff UNE beslutning 19. januar 2017 om ikke å omgjøre sitt tidligere vedtak. Vedtaket ble fastholdt ved beslutning 25. januar 2017, som svar på varsel om stevning.»

(9) I premissene har lagmannsretten gitt en mer detaljert redegjørelse for reisen til Sverige, oppholdet der og returen til Norge. Her heter det:

«Cecilie Gjengaar og ektefellen Melissa Campbell reiste til Sverige et par uker etter at Campbell mottok UNEs vedtak 12. desember 2012 om avslag på familiegjenforening. Gjengaar inngikk leiekontrakt med en bekjent som eide leilighet i tettstedet Mörsil, som ligger ca. 20 mil fra Trondheim. Hun søkte forgjeves arbeid i Sverige, fram til hun den 21. februar 2013 begynte i arbeid som restaurasjonsmedarbeider på [skip tilhørende] Hurtigruten i Norge. Der hadde hun også arbeidet i perioder i flere år tidligere, fra 2007 til 2012. Gjengaar hadde i sitt arbeid turnus med tre uker på arbeid og tre uker fri. I friperiodene reiste hun normalt tilbake til Sverige, men oppholdt seg tidvis også i Trondheim og på ferie i tredjeland. Hun sluttet i jobben på Hurtigruten 10. september 2013, men var i jobb der igjen fra mars 2014, etter at hun permanent var tilbake i Norge. Gjengaar meldte formelt flytting tilbake til Norge i januar 2014, men på grunnlag av bevisførselen legges til grunn at Gjengaar faktisk oppholdt seg i det vesentlige i Norge fra slutten av november 2013 og fram til hun formelt meldte flytting tilbake til Norge. Det vises blant annet til at kontoutskriften viser kjøp bare i Norge fra og med 29. november. Også i oktober og første del av november 2013 viser kontoutskriften at Gjengaar i perioder oppholdt seg i Norge. Også Campbell hadde en rekke opphold i Norge i løpet av 2013.»

- (10) Slik Høyesterett forestår dette, oppholdt Gjengaar og Campbell seg i hvert fall i det alt vesentligste i Sverige fra rundt 1. januar til 21. februar 2013, det vil si en periode på om lag sju uker. Etter det tidspunkt oppholdt Gjengaar seg ikke sammenhengende i Sverige i mer enn maksimalt tre uker om gangen. Som det fremgår av lagmannsrettens redegjørelse, var hun fra 21. februar til 10. september skipsarbeider på Hurtigrutens skip i Norge i en turnus med tre uker på arbeid og tre uker fri.
- (11) Saken ble brakt inn for domstolene av Melissa Colleen Campbell ved stevning 1. februar 2017 til Oslo tingrett. Oslo tingrett avsa 18. mai 2017 dom der Utlendingsnemndas vedtak i saken ble kjent ugyldig. Tingretten la til grunn at direktiv 2004/38/EF i utgangspunktet kan gi avledet rett til opphold for tredjelandsborger etter retur fra en annen EØS-stat i et tilfelle som det foreliggende. Etter tingrettens syn var direktivets vilkår også oppfylt. Vilkåret om sammenhengende opphold i vertsstaten i tre måneder eller mer kan, slik tingretten så det, ikke være til hinder for at EØS-borgeren i perioden gjør «korte reiser til hjemstaten eller andre stater». Tingretten fant videre at oppholdet i Sverige var tilstrekkelig reelt, og at Campbells ektefelle under oppholdet i Sverige oppfylte vilkåret om tilstrekkelige midler i direktivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b).
- (12) Staten ved Utlendingsnemnda anket dommen, og Borgarting lagmannsrett frifant staten i dom 31. oktober 2018. Lagmannsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til om direktiv 2004/38/EF etter en analogisk anvendelse gir avledet rett til opphold for tredjelandsborger ved retur til Norge i et tilfelle som 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».
- (13) Melissa Colleen Campbell anket til Høyesterett over lagmannsrettens 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. direktivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b).
- (14) Ankende part 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 påstandsgrunnlaget. Reglene om arbeidstakere i EØS-avtalens artikkel 28 faller derfor utenfor saken for Høyesterett.
- (15) 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 overføres til forsterket rett, jf. domstolloven § 6 andre ledd andre punktum jf. § 5 fjerde ledd. 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, jf. domstolloven § 6 andre ledd tredje punktum.

4 SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

4.1 Analogisk anvendelse av direktiv 2004/38/EF

- (16) Utlendingsloven kapittel 13 regulerer utlendingers rett til opphold i riket i medhold av EØS-regelverket. Kapittelet gjennomfører direktiv 2004/38/EF i norsk rett,

jf. Ot.prp. nr. 72 (2007–2008). Direktivet gjelder etter sin *ordlyd* rett for EØS-borgere til å oppholde seg i en annen EØS-stat – vertsstaten, jf. artikkel 3 nr. 1. Etter samme bestemmelse har EØS-borgerens familiemedlemmer avledet oppholdsrett. Direktivet regulerer derimot ikke EØS-borgerens opphold i egen stat og gir dermed etter ordlyden heller ikke avledet oppholdsrett for familiemedlemmer ved retur til EØS-borgerens hjemstat.

(17) Spørsmålet i saken er derfor om direktiv 2004/38/EF ved *analogisk anvendelse* kan gi familiemedlemmer avledet rett til opphold ved retur til EØS-borgerens hjemstat i tilfeller som det foreliggende.

(18) EU-domstolen uttalte i storkammerdom 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O. og B.* at direktivet ikke etablerer noen avledet rett til opphold, jf. dommens avsnitt 37:

«It follows from a literal, systematic and teleological interpretation of Directive 2004/38 that it does not establish a derived right of residence for third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member state of which that citizen is a national.»

(19) Domstolen kom derimot til at slik avledet oppholdsrett følger av reglene om unionsborgerskap i artikkel 21 TEUV, jf. særlig dommens avsnitt 49 og 56.

(20) I storkammerdommen avsagt samme dag i sak C-457/12 *S & G* avsnitt 34 uttalte EU-domstolen:

«However, as is apparent from paragraphs 37 to 43 of the judgment delivered today in Case C-456/12 O. and B., Directive 2004/38 grants an autonomous right of residence to a Union citizen and a derived right of residence to his family members only where that citizen exercises his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national. Directive 2004/38 does not therefore confer a derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national.»

(21) EFTA-domstolen har 26. juli 2016 i sak E-28/15 *Jabbi*, etter anmodning fra Oslo tingrett, avgitt rådgivende uttalelse om analogisk anvendelse av direktivet. Oslo tingrett stilte følgende spørsmål:

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

(22) EFTA-domstolen ga følgende rådgivende uttalelse som svar på spørsmålet:

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

(23) EFTA-domstolen uttalte følgende om EU-domstolens storkammerdom i *O. og B.*:

«65 I O. og B., som omtalt over, la EU-domstolen til grunn at TEUV artikkel 21 nr. 1 må tolkes slik at når en unionsborger under et reelt opphold har etablert eller styrket et familieliv med en tredjelandsborger, i henhold til og i samsvar med vilkårene fastsatt i direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2 og artikkel 16 nr. 1 og 2, i en annen medlemsstat enn den han er statsborger i, kommer direktivets bestemmelser til anvendelse ved analogi dersom

unionsborgeren vender tilbake til sin hjemstat sammen med det aktuelle familiemedlem. Derfor bør vilkårene for å gi en avledet oppholdsrett til en tredjelandsborger som er familiemedlem til nevnte unionsborger, i sistnevntes hjemstat, i prinsippet ikke være strengere enn vilkårene fastsatt i nevnte direktiv for å gi en avledet rett til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en unionsborger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet ved å etablere seg i en annen medlemsstat enn den han er statsborger i (se *O.* og *B.*, som omtalt over (avsnitt 61)).

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

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

(24) EFTA-domstolen konkluderte slik i spørsmålet om direktivets analogiske anvendelse:

«77 En EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet må ikke hindres i å utøve denne rett ved at ektefellen hindres i å reise inn og oppholde seg i EØS-borgerens hjemstat. Følgelig krever EØS-retten at når en EØS-borger som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, vender tilbake til hjemstaten, må hans ektefelle gis en avledet rett til opphold i samme stat (se, for sammenligning, Eind, som omtalt over (avsnitt 35 og 36)). Med andre ord har EU-domstolen i sin praksis anerkjent at enkeltpersoner som utøver sin rett til fri bevegelighet kan påberope seg denne rett overfor hjemstaten.

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

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

(25) I denne sammenheng tilføyes at Europakommisjonen i innlegg til EFTA-domstolen i Jabbi-saken ga uttrykk for at storkammerdommen *O. og B.* ikke kunne anses for å være «det siste ord om spørsmålet», jf. avsnitt 46. Kommisjonen kan med andre ord synes å ha sett for seg en utvikling i EU-domstolens praksis med hensyn til tolkningen eller anvendelsen av direktivet. Hvordan EFTA-domstolen selv vurderte mulighetene for at EU-domstolen ville nyansere sitt syn, fremgår ikke av *Jabbi*.

(26) EU-domstolen har sluttet seg til uttalelsene i *O. og B.* og *S. og G.* om direktivet i fire storkammerdommer, som alle er avsagt etter EFTA-domstolens dom i *Jabbi*. Dette gjelder for det første dommen 10. mai 2017 i sak 133/15 *Chavez-Vilchez*, se avsnitt 53. Domstolen viste

her til det siterte avsnitt 34 i *S. og G.*, hvor EU-domstolen avslutningsvis uttaler at direktiv 2004/38 «does not therefore confer a derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national».

- (27) Synet er opprettholdt også i dom 14. november 2017 i sak C-165/16 *Lounes*, se avsnitt 33, og i dom 5. juni 2018 i sak C-673/16 *Coman*, se avsnitt 20. Til slutt inntar EU-domstolen også i dommen 12. juli 2018 i saken C-89/17 *Banger* samme standpunkt, jf. avsnitt 23:

«The Court has held, as regards Article 3(1) of Directive 2004/38, that it follows from a literal, contextual and teleological interpretation of the provisions of that directive that Directive 2004/38 governs only the conditions determining whether a Union citizen can enter and reside in Member States other than that of which he is a national and does not confer a derived right of residence on third-country nationals, who are family members of a Union citizen, in the Member State of which that citizen is a national (judgment of 5 June 2018, *Coman and Others*, C-673/16, EU:C:2018:385, paragraph 20 and the case-law cited).»

- (28) EU-domstolen gjentok i de ovennevnte avgjørelsene at avledet oppholdsrett derimot kan følge av reglene om unionsborgerskap i artikkel 21 TEUV, jf. *Chavez-Vilchez* avsnitt 54, *Lounes* avsnitt 46, *Coman* avsnitt 23 og *Banger* avsnitt 27.
- (29) I lys av EU-domstolens faste praksis, også etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Jabbi*-saken (E-28/15), og i lys av homogenitetsprinsippet, slik dette for eksempel kommer til uttrykk i EFTA-domstolens dom 8. juli 2008 i de forente sakene E-9/07 og E-10/07 avsnitt 27–29, er det behov for en avklaring av spørsmålet om direktiv 2004/38/EF skal gis analogisk anvendelse i et tilfelle som det foreliggende.

4.2 Det nærmere innholdet i vilkårene for anvendelsen av direktiv 2004/38/EF artikkel 7

- (30) For det tilfellet at direktiv 2004/38/EF gis analogisk anvendelse, reiser saken for Høyesterett også andre spørsmål som det er ønskelig at EFTA-domstolen uttaler seg om. Disse knytter seg til vilkårene for oppholdsrett i direktivets artikkel 7. Spørsmålet er for det første om oppholdet må være «reelt» og hva som i tilfelle ligger i dette. For det andre er partene uenige om det nærmere innholdet i kravet til oppholdets varighet.
- (31) Om det første av disse spørsmålene uttaler EU-domstolen i dommen 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O. og B.* avsnitt 51 at et opphold må ha vært «sufficiently genuine so as to enable that citizen to create or strengthen family life in that Member State». I avsnitt 56 og 57 reiser domstolen spørsmålet om oppholdet utgjorde «genuine residence», og om *O. og B.* «genuinely resided in the host Member State». Også i dommen 5. juni 2018 i sak C-673/16 *Coman* avsnitt 24 og 26 er det vist til et tilsvarende vilkår.
- (32) Når det for det andre gjelder innholdet i kravet til oppholdets varighet, uttalte EU-domstolen følgende i *O. og B.* avsnitt 59:

«As regards the question whether the cumulative effect of various short periods of residence in the host Member State may create a derived right of residence for a family member of a Union citizen who is a third-country national on the citizen's return to the Member State of which he is a national, it should be borne in mind that only a period of residence satisfying the conditions set out in Article 7(1) and (2) and Article 16(1) and (2) of Directive 2004/38 will give rise to such a right of residence. In that regard, short periods of residence such as weekends or holidays spent in a Member State other than that of which the citizen in

question is a national, even when considered together, fall within the scope of Article 6 of Directive 2004/38 and do not satisfy those conditions.»

- (33) EFTA-domstolen fikk i Jabbi-saken (E-28/15) ikke spørsmål om hva som lå i vilkårene for opphold. Domstolen brukte imidlertid begrepet «reelt opphold» i sin rådgivende uttalelse som svar på spørsmålet:

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

- (34) I avsnitt 80 skriver EFTA-domstolen følgende om vilkårene for opphold:

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

- (35) I saken Høyesterett har til behandling vil det være av betydning å få en nærmere avklaring av hva som 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», herunder hvilke momenter som er relevante ved vurderingen og hvor grensen skal trekkes mot tilfeller av misbruk av rettigheter etter direktivets artikkel 35. På samme måte vil det kunne være behov for en redegjørelse for det nærmere innholdet i kravet til «sammenhengende» opphold på tre måneder eller mer, herunder om og i hvilken grad i hvilken grad avbrudd i oppholdet kan aksepteres, og hvor lenge eventuelle avbrudd kan vare uten at tremånedersperioden avbrytes.

5 PARTENES ANFØRSLER

5.1 Melissa Colleen Campbell

- (36) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Melissa Colleen Campbell har inngitt:
- (37) «**Grunnlaget for returretten:**
- (38) Direktivet angir minimumsrettigheter, og nasjonal lov skal ikke tolkes innskrenkende dersom den gir bedre rettigheter, jfr. *Metock*. Utlendingsloven § 110 annet ledd gir bedre rettigheter enn direktivet.
- (39) Det anføres imidlertid at også direktivets 7 nr. 1 bokstav b kan anvendes analogisk ved retur slik avgjort av EFTA-domstolen i sak Jabbi.

- (40) Målet om ensartethet må være avgjørende for tolkningen av direktivet, og EFTA-domstolens avgjørelse i sak Jabbi er ut ifra dette riktig.
- (41) Et moment her er også at ingen av partene i EØS-avtalen i ettertid har tatt initiativ til å justere den rettsstilstanden dommen gir uttrykk for. Dette kunne de ha gjort gjennom blant annet vedtak i EØS-komiteen.
- (42) Det anføres derfor at det ikke er noe som tilsier at EFTA-domstolens tidligere uttrykte rettsoppfatning settes til side.
- (43) **Kravet til ‘oppholdet’ for påberopelsen av returrett:**
- (44) I henhold til EU-domstolens avgjørelse O og B må oppholdet i vertsstaten ha vært ‘tilstrekkelig reelt’ for å få opphold. Dette er i dommen nærmere definert som et tilsiktet opphold på minimum tre måneder.
- (45) Det anføres at det er intensjonen om et opphold på minimum tre måneder som er avgjørende, og ikke det faktiske hendelsesforløpet i det konkrete tilfelle.
- (46) Det anføres videre at det ikke gjelder et krav om en faktisk tilstedeværelse i vertsstaten på tre måneder, men det må være et lovlig opphold.
- (47) Hvorvidt oppholdet er ‘tilstrekkelig reelt’ beror på en konkret vurdering. I denne saken må følgende forhold vektlegges:
- Gjengaar og Campbell hadde til hensikt å bosette seg i Sverige. De fikk seg leilighet, meldte flytting, og Gjengaar søkte også jobb i Sverige.
 - Ekteparet hadde kun bosted i Sverige, og Campbell oppholdt seg der når Gjengaar arbeidet på båten.
 - Det gjøres gjeldende at oppholdet i Sverige ikke ble avbrutt til tross for arbeidssituasjonen til Gjengaar. Heller ikke parets ferieturer avbryter oppholdet i vertsstaten.
- (48) **Misbruk:**
- (49) Det gjøres gjeldende at det ikke foreligger et misbruk av regelverket.
- (50) Ekteskapet er ikke proforma.
- (51) Hvilket motiv ektefellene hadde ved flyttingen til Sverige, har ingen betydning så lenge oppholdet var reelt.
- (52) Grensen mellom misbruk og bruk av EØS-rettigheter ligger også her. Er det en reell flytting, så er det ikke tale om et misbruk, uavhengig av motiv.»

5.2 Staten ved Utlendingsnemnda

- (53) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Staten ved Utlendingsnemnda har inngitt:

- (54) «Spørsmål 1: Det følger av direktivets ordlyd, system og formål at det ikke gir en tredjelandsborger som er familiemedlem til en Unionsborger avledet oppholdsrett ved retur til Unionsborgerens hjemstat, jf. O og B avsnitt 37–43. En slik rettighet kan bare baseres på grunnlag av artikkel 21 TEUV, jf. O og B avsnitt 44 følgende. Dette har blitt gjentatt i en rekke dommer etter Jabbi og følger i dag av fast EU-rettspraksis, jf. Banger avsnitt 23 og 27.
- (55) Homogenitetsprinsippet medfører at direktivet må tolkes på samme måte i EØS-retten, jf. L’Oreal avsnitt 27–29. Dette betyr at EØS-retten må tolkes i samsvar med nyere rettspraksis fra EU-domstolen uten hensyn til hvorvidt EFTA-domstolen tidligere har truffet avgjørelse om spørsmålet, jf. L’Oreal avsnitt 29. Det er ingen forskjeller med hensyn til virkeområde og formål som kan tilsi ulik tolkning, kf. L’Oreal avsnitt 27. Om noe skulle EØS-avtalens mer begrensende virkeområde og formål som følge av fraværet av en bestemmelse tilsvarende artikkel 21 TEUV, tilsi en mer restriktiv tolkning av direktivet. Det kan ikke tilsi en utvidende tolkning som pålegger EØS-statene mer vidtrekkende forpliktelser under direktivet. Videre er EU-domstolens tolkning av direktivet et konkret uttrykk for EU-rettens alminnelige tolkningsprinsipper og hensynet til «rule of law», jf. sak C-182/12 Kommissjonen mot Bulgaria avsnitt 35 og forenede saker C-147/11 og 148/11 Czop og Punakova avsnitt 32.
- (56) Spørsmål 2: Det følger både av EFTA-domstolens og EU-domstolens rettspraksis at det må foreligge mer enn tre måneders sammenhengende opphold. Kravet til ‘sammenhengende’ opphold er uttrykkelig fastslått i Jabbi avsnitt 80, og ordlyden åpner ikke for avbrudd. Dette gjenspeiler avvisningen av kumulasjon av opphold i O og B avsnitt 59. Det samme følger av direktivets system og grensedragningen mellom artikkel 6 og 7.
- (57) Spørsmål 3: Unionsborgerens opphold i vertsstaten må ha vært ‘sufficiently genuine so as to enable that citizen to create or strengthen family life’, jf. O og B avsnitt 51 og 56 og Jabbi avsnitt 80. Derfor må det vurderes om Unionsborgeren ‘settled, and therefore, genuinely resided in the host Member State’, og om familieliv ble etablert eller styrket under bosettingen, jf. O og B avsnitt 57. Om det foreligger bosetting må vurderes på grunnlag av alle relevante faktorer, jf. pr analogi sak C-90/97 Swaddling avsnitt 29. Kravet om ‘genuine residence’ som ‘strengthen family life’ er vilkår for avledet oppholdsrett basert på artikkel 21 TEUV, og er derfor distinkt fra misbrukslæren under direktivet artikkel 35, jf. O og B avsnitt 57 kf. avsnitt 58 og Jabbi avsnitt 80 tredje setning kf. femte setning.»

6 SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

- (58) På bakgrunn av de ovennevnte faktiske og rettslige forutsetningene i saken, og ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler, ber Høyesterett om EFTA-domstolens svar på følgende spørsmål:
1. I lys av EU-domstolens nyere praksis hvor utgangspunktet i storkammerdommen 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O. og B* om avledet rett til opphold har blitt fastholdt, og på bakgrunn av homogenitetsprinsippet, kommer direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. artikkel 7 nr. 2 ved analogi til anvendelse på en situasjon der en EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med sitt familiemedlem?

2. Hva ligger i kravet til «sammenhengende» opphold etter direktivet, slik dette kommer til uttrykk i EFTA-domstolens dom 26. juli 2016 i sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 80? Det ville være nyttig om EFTA-domstolen særskilt kommenterte
 - a) om og i så fall i hvilket omfang det kan foreligge avbrudd i oppholdet, og
 - b) om årsaken til et eventuelt avbrudd – for eksempel at det skyldes arbeidsforhold – vil kunne ha betydning for vurderingen av om oppholdet er sammenhengende i direktivets forstand.

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

Oslo, 28. juni 2019

Per Erik Bergsjø
dommer