



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 17. mars 2025 av Høyesterett i storkammer med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Bergljot Webster
dommer Henrik Bull
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness
dommer Knut Erik Sæther
dommer Thom Arne Hellerslia
dommer Are Stenvik

HR-2025-490-S, (sak nr. 23-052214STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 7. februar 2023

A	(advokat Thomas Horn advokat Maral Houshmand – til prøve)
mot	
Påtalemyndigheten	(konstituert statsadvokat Mads Fredrik Baardseth)
Møter i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13: Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet	(Regjeringsadvokaten v/advokat Kristin Hallsjø Aarvik)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Hellerslia:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder straff for brudd på innreiseforbud. Det sentrale spørsmålet er om tiltalte etter at forbudet ble ilagt, har ervervet en rett til innreise og opphold i Norge etter EØS-retten som medfører at brudd på innreiseforbudet ikke kan straffes.
- (3) Tiltalte, A, er iransk statsborger og kom til Norge som asylsøker i 2008. Han fikk avslag på asylsøknaden i 2011, og utreisefrist ble satt til 28. februar 2012. Tiltalte forlot ikke Norge innen fristen. Ved Hålogaland lagmannsretts dom 23. februar 2017 ble han dømt til en straff av fengsel i ni måneder for grov narkotikaovertrjedelse og falsk forklaring. På dette grunnlaget fattet Utlendingsdirektoratet (UDI) 22. juni 2017 vedtak om utvisning og varig innreiseforbud. Tiltalte ble 11. mars 2019 uttransportert til Iran.
- (4) Den 3. mai 2019 inngikk tiltalte ekteskap i Iran med en norsk statsborger som på dette tidspunktet hadde fast bosted i Norge.
- (5) Tiltalte forlot Iran og kom til Hellas i 2020, hvor han ble anerkjent som flyktning og fikk oppholdstillatelse. Våren 2021 flyttet han til Sverige og bosatte seg der. I mai 2021 inngikk ektefellen avtale med en arbeidsgiver i Sverige om arbeid med tiltredelse i august 2021. I juli samme år flyttet hun og hennes særkulls barn sammen med tiltalte i Sverige.
- (6) I begynnelsen av august oppdaget ektefellen at hun var gravid. Etter det opplyste var hun bekymret for om hun ville miste rettigheter dersom hun begynte å arbeide i Sverige. Hun startet derfor i stedet i en 60 prosent stilling i Norge fra 13. september 2021. Siden det var en turnusstilling, kunne hun være i Sverige i friperiodene. Fra 1. oktober 2021 bodde hun i et bofellesskap i Norge i periodene hun arbeidet her.
- (7) Fra 1. februar 2022 var tiltaltes ektefelle i fødselspermisjon og skal da ha oppholdt seg i det vesentlige i Sverige. Det felles barnet ble født i Norge i mars 2022.
- (8) Den 24. mai 2022 hadde tiltalte og ektefellen time hos Skatteetaten i Norge for å erklære farskap for barnet. Han ble pågrepet samme dag etter å ha blitt stanset av norsk politi i trafikkkontroll, og ble senere tiltalt for overtrjedelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 andre ledd om brudd på innreiseforbud.
- (9) Søndre Østfold tingrett avsa 6. juli 2022 dom der tiltalte ble dømt etter tiltalen til fengsel i ett år, med fradrag for ni dager for utholdt varetekt. Han ble også idømt sakskostnader.
- (10) Tiltalte anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 7. februar 2023 avsa dom med slik domsslutning:
- «1. A, født 00.00.1985, dømmes for overtrjedelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 annet ledd til fengsel i 1 – ett – år. Varetekt kommer til fradrag med 9 dager jf. straffeloven 2005 § 83.

2. A dømmes til å betale sakskostnader til det offentlige med 5 000 – femtusen – kroner som betales innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt.»

- (11) Tiltalte har anket til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen.
- (12) I støtteskrivet til Høyesterett anførte forsvarer at tiltalte ikke kan straffes for å ha brutt innreiseforbudet fordi han gjennom ekteskapet med en EØS-borger har ervervet en avledet rett til innreise og opphold i Norge. Dette var også anført for lagmannsretten, men i likhet med tingretten avgjorde lagmannsretten saken på et rent internrettslig grunnlag. De EØS-rettslige spørsmålene som er kjernen i saken for Høyesterett, er derfor ikke behandlet av de tidligere instansene.
- (13) Etter at anken ble fremmet til behandling, besluttet Høyesterett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. EFTA-domstolen avga uttalelse 2. juli 2024 i sak E-06/23 *MH*.
- (14) I september 2024 ba staten ved Justis- og beredskapsdepartementet om å få opptre i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13. Bakgrunnen var et ønske om å kunne belyse de EØS-rettslige spørsmålene. Ankeutvalget tok begjæringen til følge.
- (15) Den 17. oktober 2024 besluttet justitiarius at saken skulle behandles i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd, jf. § 6 andre ledd.
- (16) Siden de tidligere instansene ikke har vurdert de EØS-rettslige spørsmålene og disse heller ikke har stått sentralt for påtalemyndigheten, har faktiske forhold av betydning for spørsmålene i liten grad blitt belyst. Påtalemyndigheten besluttet derfor ytterligere etterforskning etter at saken ble fremmet til behandling i Høyesterett. Dette har gitt enkelte nye opplysninger, men etterforskningen var ikke sluttført på tidspunktet for ankeforhandlingen for Høyesterett.
- (17) Partene har utarbeidet et felles notat om omforent faktum. De har imidlertid uttrykt tvil om i hvilken utstrekning Høyesterett har anledning til å bygge på opplysningene i notatet. Jeg kommer tilbake til Høyesteretts kompetanse i saken.
- (18) I etterkant av ankeforhandlingen har påtalemyndigheten opplyst at etterforskningen har bekreftet at tiltalte inngikk ekteskap med en norsk borger i Iran 3. mai 2019.

Partenes og statens syn på saken

- (19) Ankende part – *A* – har i korte trekk argumentert slik:
- (20) Prinsipalt gjøres det gjeldende at tiltalte har en avledet rett til innreise og opphold i Norge som følge av at ektefellen har utøvd sin rett til fri bevegelighet som arbeidstaker i henhold til EØS-avtalen artikkel 28. Dette gjelder uavhengig av om arbeidsforholdet har vært i Sverige eller Norge. Det følger da av EØS-retten at familiemedlemmer ikke kan nektes innreise og opphold i hjemstaten til EØS-borgeren – i dette tilfellet Norge – ettersom slik nektelse vil gjøre at retten til fri bevegelighet ikke vil være effektiv. Rettigheter etter EØS-retten går foran intern rett, og tiltalte kan derfor ikke straffes for brudd på innreiseforbudet, jf. straffeloven § 2 og utlendingsloven § 3.

- (21) Subsidiært gjøres det gjeldende at tiltalte har samme rett også om ektefellen anses som økonomisk inaktiv, det vil si verken arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, slik EFTA-domstolen har kommet til i sin uttalelse i saken her og i flere tidligere uttalelser. Selv om EØS-avtalen ikke har en generell bestemmelse som tilsvarer EUs traktatbestemmelse om fri bevegelighet for unionsborgere, foreligger det et tilstrekkelig rettslig grunnlag i EØS-avtalen for en tilsvarende rett til fri bevegelighet for økonomisk inaktive. Også denne rettigheten må ha et effektivt innhold.
- (22) Atter subsidiært er det vist til at reglene er for uklare til at legalitetsprinsippet er oppfylt, at det i dette tilfellet uansett ikke er hjemmel i utlendingsloven for straffansvar, og at straff vil være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 14, jf. artikkel 8.
- (23) Dersom Høyesterett mener at det ikke er tilstrekkelig faktisk grunnlag for frifinnelse, må lagmannsrettens dom oppheves.
- (24) A har lagt ned slik påstand:
- «Prinsipalt: A frifinnes.
- Subsidiært: Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.»
- (25) Ankemotparten – *påtalemyndigheten* – har i korte trekk argumentert slik:
- (26) Det er i det alt vesentlige enighet mellom forsvarerne og påtalemyndigheten om de rettslige utgangspunktene for avledet rett til innreise og opphold for ektefelle til arbeidstaker som er EØS-borger. Det samme gjelder for ektefelle til økonomisk inaktiv EØS-borger. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges stor vekt. Uttalelsen bygger på en riktig forståelse av EØS-retten.
- (27) Det faktiske grunnlaget som foreligger for Høyesterett, er imidlertid ikke tilstrekkelig til at det kan avsies ny realitetsdom. Lagmannsretten tok ikke stilling til om tiltalte hadde ervervet avledede rettigheter etter EØS-retten, og faktum av betydning for dette spørsmålet ble derfor ikke tilstrekkelig belyst. Det gjelder særlig spørsmålet om ektefellens opphold i Sverige var av en slik karakter at det kunne gi tiltalte en avledet rett. Dommen må derfor oppheves utenfor anken grunnet saksbehandlingsfeil.
- (28) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:
- «Borgarting lagmannsretts dom 7. februar 2023 med ankeforhandling oppheves.»
- (29) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* – som deltar i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13 – har i korte trekk argumentert slik:
- (30) Arbeidstakere har rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalen artikkel 28. Ektefelle til en arbeidstaker som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, vil derfor kunne ha en avledet rett til opphold i arbeidstakerens hjemstat. Dette forutsetter imidlertid at det har vært et forutgående arbeidsforhold i vertsstaten. Videre er det ikke klart at den avledede retten gjelder for kortvarige opphold i hjemstaten.

- (31) For økonomisk inaktive foreligger det ikke noe tilsvarende grunnlag i EØS-avtalen for en avledet rett. EFTA-domstolens uttalelse bygger for denne gruppen på en uriktig anvendelse av homogenitetsprinsippet. Prinsippet innebærer at unionsborgerdirektivet skal tolkes på samme måte i EØS som i EU, mens EFTA-domstolen har tolket direktivet annerledes enn EU-domstolen for å oppnå et homogent resultat. EU-domstolen har basert sitt resultat på en traktatbestemmelse i EU om fri bevegelighet for unionsborgere. EØS-avtalen har ingen tilsvarende bestemmelse. En tolkning begrunnet med at økonomisk inaktive skal ha samme rettigheter etter EØS-avtalen som i EU, vil dermed innebære at det legges inn rettigheter i EØS-avtalen uten den behandlingen som kreves for dette, noe som reiser spørsmål opp mot suverenitetsprinsippet. Det er derfor grunnlag for å fravike EFTA-domstolens uttalelse.
- (32) Dersom EFTA-domstolens tolkning aksepteres, må uansett vilkårene for en avledet rett være oppfylt for at EØS-retten skal kunne utelukke straff. Oppholdet i vertsstaten må være reelt og oppfylle det tidskravet som EU-domstolen har satt, og det må være tale om flytting tilbake til hjemstaten. Det må videre kunne gjøres unntak basert på den alminnelige restriksjonslæren, uavhengig av vilkårene for unntak i unionsborgerdirektivet. Et krav om først å søke omgjøring av innreiseforbudet vil kunne forsvares innenfor restriksjonslæren.
- (33) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har ikke lagt ned påstand.

Mitt syn på saken

Internrettslige utgangspunkter og sakens hovedspørsmål for Høyesterett

- (34) Utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e fastsetter at den som forsettlig eller uaktsomt overtrer et innreiseforbud etter lovens § 71 andre ledd, kan straffes med bøter eller fengsel i inntil to år.
- (35) Det er et vilkår for domfellelse at utlendingsmyndighetenes vedtak om utvisning og innreiseforbud er gyldig, jf. HR-2019-2400-A *innreiseforbud* avsnitt 31. Gyldighetsprøvingen skjer på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, også ved domstolens prejudisielle prøving av gyldigheten i en straffesak, jf. avsnitt 42 og Rt-2012-1985 *lengeværende barn I* avsnitt 81. Er vedtaket gyldig, er utgangspunktet dermed at den forbudet retter seg mot, kan straffes for brudd på forbudet selv om det etter at vedtaket ble fattet, har inntrådt forhold som kunne ha ført til omgjøring dersom dette hadde vært krevd, jf. § 71 andre ledd tredje punktum.
- (36) Lagmannsretten kom til at vedtaket var gyldig da det ble truffet, og partene er for Høyesterett enige om det. Retten fant at også de øvrige objektive og subjektive vilkårene for straff var oppfylt. Heller ikke dette er angrepet.
- (37) Hovedspørsmålet for Høyesterett er om EØS-retten medfører at bruddet på innreiseforbudet likevel ikke kan straffes. Jeg viser her til straffeloven § 2 om at straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater. Det samme gjelder for utlendingsloven etter lovens § 3.
- (38) Dette reiser for det første et spørsmål om tiltalte etter at vedtaket om innreiseforbud ble fattet, men før innreisen fant sted, hadde ervervet en rett til innreise og opphold i Norge

etter EØS-retten. Dersom han hadde ervervet en slik rett, oppstår det spørsmål om denne går foran vedtaket om innreiseforbud.

- (39) Da lagmannsretten ikke har tatt stilling til om tiltalte hadde en rett til innreise og opphold etter EØS-retten, er bevis av betydning for den konkrete lovanvendelsen ikke prøvd. Partene er i stor grad enige om faktum, men på enkelte punkter mener påtalemyndigheten at opplysningene er for usikre til at Høyesterett kan bygge på dem. Før jeg går inn på de sentrale spørsmålene, vil jeg derfor knytte noen bemerkninger til Høyesteretts kompetanse ved bevisvurderingen av om tiltalte har rettigheter etter EØS-retten.
- (40) Høyesterett har ikke kompetanse til å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet, jf. straffeprosessloven § 306 andre ledd, men kan prøve lovanvendelsen. Også den generelle lovanvendelsen kan kreve en vurdering av faktum, og denne vurderingen kan Høyesterett prøve, se HR-2022-2171-A *Oslo-forskriften*, som gjaldt gyldigheten av forskrift, avsnitt 39. Bevisvurderingen knyttet til den konkrete rettsanvendelsen, altså om vilkårene etter EØS-retten for avledede rettigheter er oppfylt i saken her, er derimot en del av bevisvurderingen under skyldspørsmålet, som Høyesterett altså ikke kan prøve. Det er riktignok tale om prøving av sivilrettslige spørsmål, der Høyesterett i en sivil sak ville hatt full kompetanse. I en straffesak utgjør likevel disse spørsmålene vilkår for straffansvar.

Noen sentrale utgangspunkter for vurderingen av EØS-spørsmålene

Oversikt over EØS-spørsmålene

- (41) Tiltalte er borger av en stat utenfor EØS, såkalt tredjelandsborger. Borgere av stater utenfor EØS har ikke samme rett til innreise og opphold i Norge som EØS-borgere. For å styrke retten til fri bevegelighet for EØS-borgere er imidlertid tredjelandsborgere som er i nær familie med en EØS-borger, gitt enkelte avledede rettigheter til å følge med eller slutte seg til en EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet.
- (42) Retten til fri bevegelighet for EØS-borgere og deres familiemedlemmer er nærmere regulert i det såkalte *unionsborgerdirektivet* – europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF. Direktivet ble besluttet innlemmet i EØS-avtalen 7. desember 2007 og er gjennomført i norsk rett ved utlendingsloven kapittel 13. EØS-retten opererer ikke med «unionsborgerskap», da dette er en betegnelse på en samling rettigheter som er knyttet til unionsbegrepet i EU, og som også omfatter politiske rettigheter. Det heter derfor i EØS-komiteens beslutning at begrepet *unionsborgerskap* ikke inngår i EØS-avtalen, se fortalen punkt 8, og at i EØS skal betegnelsen erstattes med «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene», se beslutningen artikkel 1 nr. 1 bokstav c. I fortsettelsen omtaler jeg disse for enkelhets skyld som EØS-borgere.
- (43) Direktivet får anvendelse på EØS-borgere med familiemedlemmer som flytter til eller oppholder seg i en *annen EØS-stat* enn den de er borger i, jf. artikkel 3 nr. 1. Denne staten betegnes i det følgende som *vertsstat*, som altså er en annen stat enn EØS-borgerens *hjemstat*.
- (44) Familiemedlemmer er definert i artikkel 2 nr. 2, og omfatter blant annet ektefelle. Retten til innreise følger av artikkel 5. Når det gjelder de nærmere vilkårene for opphold, skiller

direktivet mellom tre nivåer: opphold inntil tre måneder, jf. artikkel 6, opphold ut over tre måneder, jf. artikkel 7, og fast opphold, jf. artikkel 16.

- (45) For opphold inntil tre måneder kreves kun at EØS-borgeren har gyldig identitetskort eller pass, og at familiemedlemmer har gyldig pass og kommer sammen med eller slutter seg til EØS-borgeren, jf. artikkel 6. For opphold ut over tre måneder kreves etter artikkel 7 nr. 1 at EØS-borgeren enten er økonomisk aktiv som lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende, jf. bokstav a, eller uten slik økonomisk aktivitet har tilstrekkelige midler til livsopphold til seg og sin familie samt sykeforsikring, jf. bokstav b, eller er student og oppfyller vilkår om midler til livsopphold og sykeforsikring, jf. bokstav c. Dersom disse vilkårene er oppfylt, vil også familiemedlem som er tredjelandsborger og kommer sammen med eller slutter seg til EØS-borgeren, ha rett til opphold ut over tre måneder, jf. artikkel 7 nr. 2.
- (46) Spørsmålet i denne saken gjelder imidlertid om tiltalte har en avledet rett til å følge med ektefellen til hennes *hjemstat*. Retten for en EØS-borger til innreise og opphold i egen hjemstat er ikke regulert i direktivet, ettersom den følger av andre folkerettslige regler, som har karakter av en menneskerett, for eksempel EMK protokoll 4 artikkel 3. For norsk rett kan det også vises til Grunnloven § 106 andre ledd andre punktum. Familiemedlemmer som ikke er borgere av hjemstaten, beskyttes ikke av disse reglene.
- (47) EØS-borgeres rett til å oppholde seg i en vertsstat vil imidlertid være mindre effektiv dersom en ikke også kan vende tilbake til hjemstaten sammen med sin familie. Som jeg vil komme nærmere inn på, har EU-domstolen derfor slått fast at hjemstaten ikke kan hindre sine egne borgere i å vende tilbake med sin familie etter å ha benyttet retten til fri bevegelse. For økonomisk aktive borgere, slik som arbeidstakere, har EU-domstolen utledet dette av traktatbestemmelser som gjenfinnes i EØS-avtalen. For økonomisk inaktive borgere har EU-domstolen utledet dette av traktatbestemmelsen om fri bevegelse for unionsborgere, som ikke gjenspeiles i noen tilsvarende overordnet og generell bestemmelse i EØS-avtalen. Et sentralt spørsmål er derfor om en avledet rett for tredjelandsborgere likevel har et tilstrekkelig grunnlag i EØS-retten også dersom EØS-borgeren er økonomisk inaktiv. Dette må i tilfelle begrunnes på en noe annen måte enn slik EU-domstolen har begrunnet rettigheten i EU, og reiser derfor spørsmål om anvendelsen av det såkalte homogenitetsprinsippet – at reglene skal tolkes og praktiseres likt i EU og i EØS.
- (48) Dersom det er grunnlag for en avledet rett for tredjelandsborgere i EØS-retten, oppstår spørsmål om hvilke vilkår og rammer som gjelder, både knyttet til oppholdet i den staten EØS-borgeren reiste til, og den etterfølgende returen til hjemstaten.
- (49) I denne saken er det dessuten et sentralt spørsmål hvilken betydning det skal ha at det forut for det tidspunktet da tiltalte kan ha ervervet avledede EØS-rettigheter, ble fattet vedtak om innreiseforbud.

Homogenitetsprinsippet

- (50) Det følger av EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1, jf. også fortalens fjerde avsnitt, at formålet er å opprette et «ensartet» europeisk økonomisk samarbeidsområde. Et viktig grunnlag for dette er lik fortolkning og anvendelse av reglene i hele EØS-området, og gjennom det lik

behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere. Jeg viser her til fortalen avsnitt 15, der det heter at avtalepartene

«... tar i betraktning at avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene ...».

- (51) Homogenitetsprinsippet er lagt til grunn av både EU-domstolen og EFTA-domstolen. For EU-domstolens del viser jeg til dom 2. april 2020 i sak C-897/19 PPU *I.N.* avsnitt 50 med videre henvisninger, mens EFTA-domstolen har uttrykt prinsippet slik i tolkningsuttalelse 8. juli 2008 i sak E-09/07 og E-10/07 *L'Oréal* avsnitt 27:

«EØS-avtalens hovedformål er å opprette et ensartet EØS, jf. blant annet artikkel 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte betraktning. Ensartet tolkning og anvendelse av felles regler er en grunnforutsetning for at det indre marked i EØS skal fungere effektivt. Homogenitetsprinsippet leder derfor til en presumpsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EF-retten, skal fortolkes på samme måte. Imidlertid kan forskjeller i virkeområde og formål under særlige omstendigheter lede til tolkningsforskjeller mellom EØS-retten og EF-retten ...»

- (52) Et utslag av homogenitetsprinsippet er følgelig at dersom EU-domstolen har tatt stilling til tolkningen av EØS-relevante regler, vil det ha stor vekt. EØS-avtalen artikkel 6 regulerer betydningen av rettspraksis fra EU-domstolen. Det heter der at rettsavgjørelser fra før inngåelsen av EØS-avtalen skal følges – «med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis». For senere avgjørelser følger det av Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 3 nr. 2 at EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til disse. Det samme må gjelde for nasjonale domstoler. I praksis har det ikke vært skilt mellom avgjørelser avsagt før og etter inngåelsen av EØS-avtalen – rettspraksis fra EU-domstolen er blitt lagt til grunn som styrende uavhengig av når den måtte være fra, jf. Rt-2005-1601 *Gule sider* avsnitt 43 og Henrik Bull, «Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett» i Tore Schei mfl. (red.), *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, 2015 side 367.
- (53) Som det følger av sitatet fra tolkningsuttalelsen i *L'Oréal*-saken, må en rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen, tolkes i sin EØS-rettslige kontekst. Det kan i enkelte tilfeller føre til at den må tolkes annerledes enn EU-rettsakten, jf. Torje Sunde mfl., *EØS-lovgivningen. Fra EU-rett til EØS-rett og norsk rett*, 2024 side 193.
- (54) Siden EØS-avtalen ble inngått, har det utviklet seg en gradvis økende forskjell – ofte omtalt som «the widening gap» – mellom rettsgrunnlaget i EU-pilaren og EFTA-pilaren. Dette skyldes en rekke traktatendringer i retning av økt integrasjon mellom EU-statene, mens EØS-avtalen ikke er blitt endret tilsvarende. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 20 til 25 om unionsborgerskap er et eksempel på dette. Dersom traktatendringene i EU får innvirkning på regelverk som også er en del av EØS-avtalen, oppstår spørsmålet om EØS-retten fortsatt skal tolkes slik EU-retten ville ha blitt tolket uten traktatendringene, selv om dette leder til ulikt resultat i EU- og EFTA-delen av EØS. Alternativet er å tolke EØS-retten med sikte på å oppnå lik behandling, altså like rettigheter og plikter i hele EØS, selv om rettsgrunnlaget ikke er det

samme. Dette omtales gjerne som forskjellen på homogenitet i *tolkning* og homogenitet i *resultat*.

- (55) Dersom det på områder der EU-retten har utviklet seg gjennom traktatendringer og nye rettsakter som ikke er tatt inn i EØS-avtalen, legges stor vekt på å oppnå homogenitet i resultat, vil det, slik staten har framhevet, kunne være et inngrep i statenes suverenitet. Staten har i denne forbindelse vist til de kravene til prosedyre som gjelder for å endre EØS-avtalen eller innlemme nye rettsakter, og de grenser dette må anses å sette for EFTA-domstolen og nasjonale domstoler til å innfortolke nye forpliktelser for statene. Også hensynet til forutberegnelighet og andre rettssikkerhetshensyn vil kunne tale mot en dynamisk tolkning med formål om å oppnå et likt resultat.
- (56) Jeg ser det slik at selv om det er et sentralt hensyn å oppnå lik behandling innenfor EU og EØS, kan ikke hensynet alene bære et likt resultat. Hensynet til statenes suverenitet krever at tolkningsresultatet må være tilstrekkelig forankret i EØS-avtalen, herunder de rettsaktene som er innlemmet i avtalen.
- (57) Jeg finner det vanskelig å si noe mer presist om hvor langt hensynet til å oppnå lik behandling rekker i møte med suverenitetsprinsippet. Ved vurderingen av om et tolkningsresultat kan forankres i avtalen, må ikke bare den konkrete avtalebestemmelsen eller rettsakten tas i betraktning, men også EØS-avtalen som helhet og de grunnleggende formål og hensyn denne bygger på, jf. Rt-2005-1365 *Finanger II* avsnitt 52. Det avgjørende vil være hvilket grunnlag som finnes i EØS-avtalen for det resultatet som gir lik behandling som i EU-retten, og hvor sterkt suverenitetshensynet gjør seg gjeldende.

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse og vekten av denne

- (58) Som jeg har nevnt i innledningen, har Høyesterett anmodet EFTA-domstolen om å avgi tolkningsuttalelse i saken. EFTA-domstolen ble for det første spurt om unionsborgerdirektivet skal tolkes slik at det gir en avledet rett til innreise og opphold for en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger, til tross for at det er fattet vedtak om innreiseforbud. Spørsmålet ble besvart slik, jf. EFTA-domstolens uttalelse 2. juli 2024 i sak E-06/23 *MH*:

«Reglene fastsatt i kapittel VI i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, må tolkes slik at de ikke tillater en EØS-stat å nekte en tredjelandsborger som er gift med en EØS-borger, innreise og opphold på dens territorium bare med den begrunnelse at tredjelandsborgeren tidligere var gjenstand for et innreiseforbud på grunnlag av nasjonale tiltak som var ilagt i forbindelse med tidligere overtredelser, på et tidspunkt før han eller hun hadde oppnådd avledede rettigheter til fri bevegelse etter direktivet, uten forutgående kontroll av at vedkommendes tilstedeværelse på EØS-statens territorium utgjorde en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse etter direktivet artikkel 27 nr. 2.»

- (59) For det andre ble det stilt spørsmål om direktivet artikkel 32 kan få anvendelse for utvisningsvedtak som i saken her, som er truffet etter de alminnelige vilkårene for utvisning i utlendingsloven, med den følge at det kan kreves at tredjelandsborgeren for innreise må søke om å få innreiseforbudet opphevet. Etter artikkel 32 kan det søkes om

opphevelse av innreiseforbud, men det er presisert at det ikke er noen rett til innreise mens søknaden behandles. EFTA-domstolen konkluderte med at artikkel 32 bare kan få anvendelse dersom det er truffet et vedtak som oppfyller vilkårene i artikkel 27.

- (60) For det tredje ble det stilt spørsmål om artikkel 36 i direktivet om sanksjoner eller andre EØS-regler begrenser EØS-statens adgang til å ilegge straff for brudd på innreiseforbud som i denne saken. Dette ble besvart med at uten en ny vurdering av innreiseforbud i samsvar med direktivet artikkel 27, er tilstedeværelse på territoriet til EØS-staten lovlig etter EØS-retten og kan derfor ikke sanksjoneres.
- (61) EFTA-domstolens uttalelse i vår sak er altså særlig knyttet til betydningen av at det er fattet vedtak om innreiseforbud forut for erverv av avledede EØS-rettigheter. Når det gjelder muligheten for personer i tiltalte situasjon til i det hele tatt å oppnå avledede rettigheter overfor ektefellens hjemstat, viser EFTA-domstolen i avsnitt 47–48 til sine uttalelser 27. juni 2014 i sak E-26/13 *Gunnarsson*, 26. juli 2016 i sak E-28/15 *Jabbi* og 13. mai 2020 i sak E-04/19 *Campbell*, og opprettholder sitt tidligere syn, jf. avsnitt 52.
- (62) I *Jabbi*-saken, som gjaldt ektefellen til en økonomisk inaktiv EØS-borger, konkluderte EFTA-domstolen slik i sitt svar til Oslo tingrett:
- «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.»
- (63) Svaret ble opprettholdt overfor Høyesterett i *Campbell*-saken. Konkrete omstendigheter førte imidlertid til at både *Jabbi*- og *Campbell*-saken ble løst på et annet grunnlag nasjonalt, mens *Gunnarsson*-saken gjaldt en henvendelse fra islandsk høyesterett. Høyesterett har derfor ikke tidligere tatt stilling til uttalelsene i de nevnte sakene.
- (64) Tolkingsuttalelser fra EFTA-domstolen er ikke formelt bindende for nasjonale domstoler, men bare rådgivende, jf. ODA artikkel 34 første ledd. Som det går fram av HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 76, innebærer dette at nasjonale domstoler må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes.
- (65) Ved tolkningen av EØS-retten må imidlertid nasjonale domstoler «legge stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås», se *Holship*-dommen avsnitt 77. Dette er i samme avsnitt dels uttrykt slik at det må foreligge «særlige grunner» og dels slik at det må foreligge «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten.
- (66) Dersom EFTA-domstolen har gått langt i å tolke EØS-retten med det formål å oppnå et homogent resultat med EU-retten, kan suverenitetshensyn etter omstendighetene utgjøre gode og tungtveiende grunner for å fravike tolkningsuttalelsen.

Har en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger, en avledet rett til innreise og opphold i EØS-borgerens hjemstat?

Utviklingen av retten til fri bevegelighet for personer i EU

- (67) For å kunne ta stilling til tredjelandsborgeres avledede rettigheter overfor EØS-borgerens hjemstat, er det behov for å gå gjennom utviklingen av retten til fri bevegelighet i EU og i EØS. Jeg ser først på utviklingen i EU.
- (68) Det europeiske økonomiske fellesskap (EØF) hadde fra starten av som sentrale mål å etablere et felles marked og fjerne hindre for fri bevegelighet av blant annet personer, jf. Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap (TEØF) fra 1957, også kalt Roma-traktaten, artikkel 2 og artikkel 3 bokstav c. De materielle bestemmelsene i traktaten omhandlet imidlertid kun personer med tilknytning til en økonomisk aktivitet, slik som arbeidstakere, jf. artikkel 48. De nærmere vilkårene for fri bevegelighet ble regulert i en rekke sekundære rettsakter, som også ga avledet rett til familiemedlemmer. Selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere – og ifølge rettspraksis etter hvert også tjenestemottakere – hadde lignende rettigheter. En rett avledet direkte fra primærretten forutsatte imidlertid at det var tale om en økonomisk aktivitet, jf. EU-domstolens dom 17. september 2002 i sak C-413/99 *Baumbast* avsnitt 81.
- (69) Enhetsakten fra 1986, i kraft fra 1987, var den første større revisjonen av Roma-traktaten og satte som mål å etablere et europeisk indre marked innen utgangen av 1992. I den forbindelse ble det vedtatt en ny artikkel 8a i TEØF om «gradvis opprettelse» av et marked uten indre grenser, som skulle inkludere fri bevegelighet av personer.
- (70) I 1990 ble det så vedtatt tre rådsdirektiver som ga rett til fri bevegelighet for økonomisk inaktive – direktiv 90/366/EØF om oppholdsrett for studenter, direktiv 90/365/EØF om oppholdsrett for pensjonister og direktiv 90/364/EØF «om oppholdsrett», som gjaldt for andre økonomisk inaktive. Oppholdsretten i annen medlemsstat var avhengig av at borgeren av medlemsstaten hadde tilstrekkelige midler til livsopphold og sykeforsikring, men i så fall var også familiemedlemmer omfattet, se artikkel 1 i direktivene.
- (71) Det går fram av fortalet til direktivene at disse ble vedtatt under henvisning til TEØF artikkel 3 bokstav c og artikkel 8a, samt artikkel 235. Sistnevnte bestemmelse er en generalhjemmel for Rådet til å treffe tiltak der dette er nødvendig for funksjonen til det felles marked, og de øvrige bestemmelser i traktaten ikke gir slik mulighet. Samtidig kreves det enstemmighet.
- (72) I februar 1992 ble Maastricht-traktaten vedtatt. Avtaleverket trådte i kraft fra 1. november 1993 og medførte dannelsen av Den europeiske union (EU). TEØF ble videreført som Traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap (TEF), men med flere endringer. Blant annet ble ordningen med unionsborgerskap etablert, jf. artikkel 8, med rett til fri bevegelighet, jf. artikkel 8a. Det var følgelig først ved vedtakelse av TEF artikkel 8a at retten til fri bevegelighet for økonomisk inaktive fikk en uttrykkelig forankring i primærretten.
- (73) Unionsborgerdirektivet, vedtatt i 2004, erstattet blant annet direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett og er først og fremst en konsolidering av innholdet i tidligere direktiver. Vedtakelsen medførte også enkelte endringer, men ingen av endringene er av særlig

interesse for saken her. Det går fram av EU-domstolens dom 25. juli 2008 i sak C-127/08 *Metock mfl.* at unionsborgerdirektivet ikke kan forstås slik at det gir mindre omfattende rettigheter enn de tidligere direktivene, jf. avsnitt 59.

- (74) Lisboatraktaten fra 2007, i kraft fra 2009, ga nye endringer i TEF, og traktaten fikk også et nytt navn – Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). Tidligere artikkel 8 om unionsborgerskapet er videreført i TEUV artikkel 20, mens tidligere artikkel 8a om fri bevegelighet for unionsborgere er videreført i artikkel 21.

Retten til fri bevegelighet for personer etter EØS-avtalen

- (75) EØS-avtalen ble inngått for å gi EFTA-statene tilgang til det indre marked, ved å gjøre EFTA-statene til en integrert del av markedet. Et hovedmål var at EØS-avtalen skulle speile EU-retten på de områder innenfor EU som EØS-avtalen skulle omfatte. EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1, om at formålet blant annet er «overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS», må leses på denne bakgrunn. Etter artikkel 1 nr. 2 omfatter samarbeidet de såkalte fire friheter, herunder «fri bevegelighet for personer», jf. bokstav b. Verken her eller i fortalens femte avsnitt, som også omtaler de fire friheter, er fri bevegelighet for personer etter ordlyden begrenset til økonomisk aktive. De materielle bestemmelsene i hoveddelen er imidlertid begrenset til å gjelde økonomisk aktivitet, jf. artikkel 28 om arbeidstakere, artikkel 30 om selvstendig næringsdrivende og artikkel 36 om tjenesteytere.
- (76) Men også de tre nevnte direktivene fra 1990 om fri bevegelighet for økonomisk inaktive, deriblant direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett, ble innlemmet i EØS-avtalen fra starten av. De ble systematisk sett plassert i vedlegg VIII om etableringsrett, jf. hoveddelen artikkel 31, men er altså etter sitt innhold ikke begrenset til dette.
- (77) I proposisjonen om samtykke til ratifikasjon av avtalen, St.prp. nr. 100 (1991–1992), er direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett nevnt som en av de viktigste rettsaktene om fri bevegelighet for personer, jf. side 251. Det er samme sted uttrykkelig beskrevet at retten til fri bevegelighet ikke bare omfatter arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, men også personer som «av annen grunn» oppholder seg i en annen medlemsstat, deriblant «ikke-yrkesaktive», forutsatt at vilkårene om midler til livsopphold og sykeforsikring er oppfylt.
- (78) Da unionsborgerdirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen i 2007, ble det avgitt en felleserklæring fra avtalepartene, der det blant annet heter:

«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. ...

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. ...»

- (79) Det er altså understreket at EØS ikke har noen parallell til unionsborgerskapet i EU. Men det går samtidig fram at avtalepartene er klar over at det gjennom unionsborgerdirektivet gis rettigheter til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalen. Dette var ikke nye rettigheter, heller ikke for økonomisk inaktive.

Singh-doktrinen

- (80) Retten til fri bevegelighet retter seg først og fremst mot muligheten til å reise til en vertsstat. Som jeg har vært inne på, følger det av andre folkerettslige regler at en stat ikke kan nekte innreise for sine egne borgere, men disse reglene gir ingen avledet rett for familiemedlemmer som er borgere av en annen stat. Samtidig vil manglende mulighet til å vende tilbake til hjemstaten sammen med sin familie kunne være et reelt hinder for å benytte seg av retten til fri bevegelighet.
- (81) Problemstillingen ble behandlet av EU-domstolen i plenumsdom 7. juli 1992 i sak C-370/90 *Singh*. Saken gjaldt oppholdsrett i Storbritannia for en indisk statsborger som hadde giftet seg med en britisk statsborger. Etter å ha arbeidet i Tyskland returnerte ekteparet til Storbritannia for å drive selvstendig næringsvirksomhet der. Det heter følgende i avsnitt 23 og 25:

«Denne sag drejer sig imidlertid ikke om en rettighed i henhold til national ret, men om EF-borgeres ret efter traktatens artikel 48 og 52 til fri bevægelighed og til at etablere sig. Disse rettigheder ville ikke få fuld gennemslagskraft, såfremt en EF-borger kunne opgive at udøve dem som følge af hindringer for hans eller hendes ægtefælles indrejse og ophold i EF-borgerens oprindelsesland. ...

Det præjudicielle spørgsmål må herefter besvares med, at traktatens artikel 52 og direktiv 73/148 skal fortolkes således, at en medlemsstat i henhold hertil er forpligtet til at tillade indrejse til og ophold på sit område for en ægtefælle, uanset dennes nationalitet, til en statsborger i medlemsstaten, som sammen med ægtefællen er udrejst til en anden medlemsstat for dér at udøve en lønnet beskæftigelse, jf. traktatens artikel 48, og som på ny indrejser og etablerer sig, jf. traktatens artikel 52, i den medlemsstat, som han eller hun er statsborger i. Ægtefællen skal mindst indrømmes de samme rettigheder som dem, vedkommende ville blive indrømmet efter fællesskabsretten, såfremt hans eller hendes ægtefælle indrejste og tog ophold i en anden medlemsstat.»

- (82) Hensynet til en effektiv rett til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende innebærer altså at medlemsstatene er forpliktet til å tillate innreise og opphold for ektefelle til egen borger som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, på minst samme vilkår som for opphold i annen medlemsstat. Det er vist til TEØF artikkel 48 om fri bevegelighet for arbeidstakere og artikkel 52 om etableringsretten, samt direktiv 73/148/EØF, som ga nærmere regler om fri bevegelighet for selvstendig næringsdrivende samt tjenesteytere og -mottakere.
- (83) Spørsmålet kom opp igjen i storkammerdom 11. desember 2007 i sak C-291/05 *Eind*, med samme konklusjon. I den saken hadde referansepersoenen vært arbeidstaker i vertsstaten, men var uten arbeid da han vendte tilbake til hjemstaten. Også i det tilfellet ville

manglende mulighet til å returnere sammen med et familiemedlem innebære et ulovlig hinder for retten til fri bevegelighet for arbeidstakere.

EU-domstolens dom i O og B-saken

- (84) I storkammerdom 12. mars 2014 i sak C-456/12 *O og B* tok EU-domstolen stilling til avledet rett for tredjelandsborgere til innreise og opphold i hjemstaten til unionsborger som ikke hadde vært økonomisk aktiv i vertsstaten. Både O og B var tredjelandsborgere som hadde giftet seg med en unionsborger, og som ble nektet opphold i unionsborgerens hjemstat etter at unionsborgeren vendte tilbake dit.
- (85) Domstolen fant at det følger av ordlyden, systematikken og formålet at unionsborgerdirektivet ikke etablerer en avledet rett for tredjelandsborgere til opphold i unionsborgerens hjemstat, jf. avsnitt 37–43. Det er særlig vist til artikkel 3 nr. 1 om anvendelsesområdet, artikkel 6, 7 og 16 om vilkårene for opphold, og formålsbestemmelsen i artikkel 1 bokstav a.
- (86) Domstolen gikk så over til å vurdere om en slik rett kan utledes av TEUV artikkel 21 om retten til fri bevegelighet for unionsborgere. Med henvisning til Singh- og Eind-dommene kom domstolen til at uten en avledet rett for tredjelandsborgere til innreise og opphold i hjemstaten til unionsborgeren, vil det foreligge en hindring for unionsborgerens rett til å reise til en annen medlemsstat slik denne følger av artikkel 21, jf. avsnitt 44–49. Avgjørelsen er fulgt opp i en rekke senere dommer.

Grunnlaget i EØS-retten for avledet rett for tredjelandsborgere når EØS-borgeren er arbeidstaker

- (87) Slik jeg forstår staten, bestrides det ikke at familiemedlem til en EØS-borger som har utøvet retten til fri bevegelighet og har *arbeidet* i en annen EØS-stat – en vertsstat – etter EØS-retten har rett til opphold i EØS-borgerens hjemstat, forutsatt at oppholdet ikke er ment å være kortvarig.
- (88) Singh- og Eind-dommene bygger som nevnt på retten til fri bevegelighet i EU som arbeidstaker. Når det gjelder fri bevegelighet for arbeidstakere, har EØS-avtalen artikkel 28 et tilsvarende innhold som TEUV artikkel 45 og den tidligere TEØF artikkel 48. Jeg finner det derfor ikke tvilsomt at Singh-doktrinen kommer til anvendelse i de tilfeller der EØS-borgeren har vært arbeidstaker i vertsstaten. For at retten til fri bevegelighet for arbeidstaker skal være effektiv, må det altså ikke foreligge hindringer i hjemstaten som avskrekker EØS-borgeren fra å benytte seg av retten til fri bevegelighet. Ved retur til hjemstaten må dermed EØS-borgerens familie ha samme rett til opphold der som i vertsstaten.
- (89) Jeg kommer tilbake til de nærmere vilkårene for at tredjelandsborgere kan påberope seg avledede rettigheter. Jeg nevner likevel at etter statens syn må det ha vært et arbeidsforhold i vertsstaten for at rettighetene kan utledes av retten til fri bevegelighet for arbeidstakere – det er ikke tilstrekkelig at EØS-borgeren har flyttet til vertsstaten og arbeider i hjemstaten, som i saken her. Fra tiltaltes og påtalemyndighetens side er det gjort gjeldende at også disse tilfellene faller inn under retten til fri bevegelighet for arbeidstakere. Det er imidlertid

ikke nødvendig for meg å ta stilling til spørsmålet dersom familiemedlemmer har tilsvarende avledede rettigheter når EØS-borgeren er økonomisk inaktiv.

Grunnlaget i EØS-retten for avledet rett for tredjelandsborgere når EØS-borgeren er økonomisk inaktiv

- (90) I O og B-dommen baserte EU-domstolen sitt resultat på TEUV artikkel 21 om fri bevegelse for unionsborgere. Som jeg allerede har vært inne på, har EØS-avtalen – i motsetning til hva som gjelder for fri bevegelse for arbeidstakere – ingen bestemmelse som tilsvarer TEUV artikkel 21. Spørsmålet blir derfor om det eksisterer et annet grunnlag i EØS-retten som kan begrunne en tilsvarende avledet rett for familiemedlemmer til en EØS-borger som er økonomisk inaktiv. Dette er også utgangspunktet for EFTA-domstolens vurderinger, jf. Jabbi-saken avsnitt 68.
- (91) Staten har vist til at prinsippet om homogen tolkning innebærer at unionsborgerdirektivet må tolkes på samme måte i EØS-retten som i EU-retten, og at dette er til hinder for at det kan utledes tilsvarende rettigheter. Jeg ser det annerledes. Selv om EU-domstolen, med vekt på blant annet ordlyden, ikke finner grunnlag for å utlede rettighetene i EU av direktivet, forstår jeg ikke O og B-dommen slik at ordlyden er til hinder for at direktivet kan gi grunnlag for avledede rettigheter i EØS.
- (92) Slik jeg leser O og B-dommen, er det sentralt for EU-domstolens resonnement at unionsborgerdirektivet ikke etablerer retten til fri bevegelse for unionsborgere, men kun vilkårene for utøvelse av retten. Det er i avsnitt 41 vist til direktivet artikkel 1 bokstav a, der det heter at direktivet fastsetter «*vilkår* for unionsborgeres og deres familiemedlemmers *utøvelse av retten* til fri bevegelse og fritt opphold på medlemsstatens territorium» (min kursivering). Selve retten til fri bevegelse fulgte på vedtakelsestidspunktet av primærretten, nærmere bestemt av bestemmelsen som i dag står i TEUV artikkel 21. Da selve retten til fri bevegelse ikke følger eksplisitt av direktivet, er det naturlig at EU-domstolen tar utgangspunkt i den grunnleggende og overordnede bestemmelsen i primærretten ved vurderingen av om det kan utledes avledede rettigheter for tredjelandsborgere overfor hjemstaten til unionsborgeren, altså rettigheter som ikke uttrykkelig går fram av direktivet.
- (93) I en EØS-kontekst blir denne vurderingen en annen.
- (94) Jeg peker først på at selv om EØS-avtalen har en hoveddel som på mange måter tilsvarer primærretten i EU, er betydningen av den hierarkiske oppbyggingen ikke helt den samme, siden EØS-samarbeidet ikke bygger på samme overnasjonale beslutningsmekanismer som i EU. Rettsakter som innlemmes i EØS-avtalen, utgjør «en integrerende del» av avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 119.
- (95) Unionsborgerdirektivet er innlemmet i EØS-avtalen, og når EFTA-statene ved dette aksepterer de vilkårene som er satt i direktivet for utøvelse av en rett til fri bevegelse for økonomisk inaktive, jf. artikkel 7 nr. 1 bokstav b, må dette bygge på at statene også har akseptert at det finnes en tilsvarende underliggende rett. Retten som følger av artikkel 7 nr. 1 bokstav b, forelå i EØS også før innlemmelsen av unionsborgerdirektivet. Det har som jeg har gjennomgått, eksistert en slik rett i EØS helt fra starten, jf. direktiv

90/364/EØF om oppholdsrett. Unionsborgerdirektivet konsoliderte derfor bare en rettighet som allerede eksisterte i EØS.

- (96) Uten en mer generell rettighetsbestemmelse i bunnen, slik som TEUV artikkel 21, innebærer dette at i en EØS-kontekst vil det i dag være unionsborgerdirektivet som må anses å gi grunnlaget for retten til fri bevegelighet for økonomisk inaktive. Jeg forstår EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Jabbi-saken som et uttrykk for samme syn når det i avsnitt 74 heter at artikkel 7 i unionsborgerdirektivet gjenspeiler det faktum at en EØS-borger etter EØS-retten har rett til å oppholde seg i andre EØS-stater.
- (97) Retten gjelder etter sin ordlyd – både i direktivet om oppholdsrett og unionsborgerdirektivet – bare overfor vertsstaten. Spørsmålet er derfor om en rett som i EØS baserer seg på et direktiv, kan gi grunnlag for å utlede avledede rettigheter overfor hjemstaten på samme måte som TEUV artikkel 21 gjør innenfor EU. Etter mitt syn må spørsmålet besvares bekreftende.
- (98) TEUV artikkel 21 knytter retten til fri bevegelighet for personer til unionsborgerskapet. Som min gjennomgang viser, ble imidlertid direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett vedtatt før unionsborgerskapet ble innført i EU. Retten til fri bevegelighet for økonomisk inaktive ble derfor opprinnelig ikke utledet av unionsborgerskapet, men først senere satt inn i en slik ramme gjennom traktatendringer og unionsborgerdirektivet. Jeg minner om at det følger av Metock-dommen at unionsborgerdirektivet ikke medførte mindre omfattende rettigheter enn tidligere. Den endrede rammen for rettighetene gjennom unionsborgerskapet vil derfor ikke kunne innskrenke det som ville vært en naturlig tolkning forut for disse endringene, slik det også er påpekt av EFTA-domstolen i uttalelsen i Gunnarsson-saken avsnitt 79–80.
- (99) Som det videre går fram av denne uttalelsen avsnitt 81, kan jeg heller ikke se at det er avgjørende om retten følger av en overordnet bestemmelse som TEUV artikkel 21 eller av en sekundær rettsakt. Da direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett ble vedtatt, forelå det heller ikke i EU noe uttrykkelig rettslig grunnlag for rettigheten ut over direktivet selv. Dette gjenspeiles i artikkel 1 i direktivet, der det heter at medlemsstatene «skal gi oppholdsrett til medlemsstats borgere som ikke har slik rett i henhold til andre bestemmelser i fellesskapsretten».
- (100) Dette innebærer at da det generelle direktivet om oppholdsrett ble vedtatt, tilsvarte den rettslige reguleringen av retten til fri bevegelighet i daværende EF langt på vei situasjonen i EØS-retten i dag. Direktivets bakgrunn i primærretten var som nevnt angitt å være TEØF artikkel 3 bokstav c, artikkel 8a og artikkel 235. Artikkel 3 bokstav c tilsvarte EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2 bokstav b, som fastsetter at fri bevegelighet av personer er en av de fire grunnleggende friheter i det indre markedet som er omfattet av EØS-avtalens saklige område. Artikkel 8a gjaldt etableringen av et indre marked og kan ses i sammenheng med EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1 og nr. 2, mens artikkel 235 utgjorde generalhjemmelen for slike tiltak der traktaten ikke hadde andre passende hjemler. Jeg har vanskelig for å se noen grunn til å tolke retten til opphold i annen medlemsstat mindre effektivt i den rettslige situasjonen som var i EF på dette tidspunktet, sett i lys av formålet om å fjerne hindre for fri bevegelighet.
- (101) Uavhengig av hvordan rettigheten forankres, er det Singh-doktrinen som er avgjørende for å utlede rettigheter overfor hjemstaten. Også for TEUV artikkel 21 tok EU-domstolen i

O og B-dommen utgangspunkt i at det sentrale er retten til innreise og opphold i en vertsstat, som så gjennom Singh-doktrinen gir grunnlag for avledede rettigheter i hjemstaten. Spørsmålet for EU-domstolen sammenlignet med hva som allerede var klarlagt gjennom Singh- og Eind-dommene, var først og fremst om effektivitetsprinsippet ville gjelde tilsvarende for økonomisk inaktive, jf. avsnitt 47–48. Domstolens svar var at «dette findes at være tilfældet», jf. avsnitt 49.

- (102) Det er ingen grunn til at dette stiller seg annerledes i en EØS-sammenheng, jf. uttalelsen i Jabbi-saken avsnitt 79. Også Singh-doktrinen stammer fra før unionsborgerskapet ble innført. Effektivitetsprinsippet som doktrinen bygger på, er kommet til uttrykk i EØS-avtalen, jf. hoveddelen artikkel 3 andre ledd. Det er ikke grunnlag for at effektivitetsprinsippet i vår sammenheng har mindre gjennomslag i EØS enn i EU, se Rt-2005-1365 *Finanger II* avsnitt 58.
- (103) Felleserklæringen som ble avgitt i forbindelse med innlemmelsen av unionsborgerdirektivet, må forstås slik at EFTA-statene ønsket å avgrense følgene av å innlemme unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen. Jeg kan likevel ikke se at erklæringen er til hinder for avledede rettigheter for tredjelandsborgere overfor hjemstaten til en EØS-borger. Den knytter avledede rettigheter for tredjelandsborgere nettopp til retten til fri bevegelse, som altså eksisterte før direktivet ble innlemmet, og ikke til unionsborgerskapet.
- (104) Staten har vist til at en rett til innreise og opphold i Norge for familiemedlemmer som tilsvarende rettighetene i EU, vil innebære manglende kontrollmuligheter. Begrensninger av muligheten for kontroll følger imidlertid for en stor del allerede av Schengen-avtalen og unionsborgerdirektivet. Situasjonen i vår sak er for eksempel ikke annerledes enn for en ektefelle til en borger av en annen EØS-stat enn Norge, som tar opphold i Norge.
- (105) Jeg er etter dette kommet til at det av EØS-avtalen følger en avledet rett for tredjelandsborgere som er gift med en EØS-borger, til innreise og opphold i EØS-borgerens hjemstat også når EØS-borgeren er økonomisk inaktiv.

Oppsummering

- (106) Det er etter dette mitt syn at også familiemedlemmer til en økonomisk inaktiv EØS-borger, ikke bare familiemedlemmer til en EØS-borger som er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, etter EØS-retten vil kunne erverve avledet rett til innreise og opphold i EØS-borgerens hjemstat. Den begrunnelsen jeg har gitt, svarer langt på vei til EFTA-domstolens begrunnelse i Gunnarsson-, Jabbi- og Campbell-sakene, som EFTA-domstolen bygger på i sin uttalelse i saken vår. Jeg er kommet til samme resultat, og ser altså ingen grunn til å fravike EFTA-domstolens konklusjoner så langt.
- (107) Tolkingsresultatet er forankret i hva EFTA-statene har forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen og de rettsaktene som er innlemmet i avtalen, tolket i en EØS-kontekst. Tolkningen fører til et resultat som innebærer lik behandling i EØS som i EU. Selv om rettsgrunnlaget i EU og i EØS på dette punktet er ulikt, og begrunnelsen for tolkningsresultatet derfor er en annen enn hva EU-domstolen har bygget på, er det tale om å tolke en rett til fri bevegelse som har ligget i EØS-avtalen allerede fra begynnelsen av, i lys av effektivitetsprinsippet og på samme måte som retten til fri bevegelse for

arbeidstakere. Jeg kan ikke se at suverenitetshensyn er til hinder for dette. Det kan ses som en viss rettsutvikling, men ikke noe stort sprang. Tolkningen medfører heller ikke noen vesentlig utvidelse av statens plikter.

Rekkevidden av en avledet rett for tredjelandsborgere

Familietilknytning

- (108) Et grunnleggende vilkår er at det er en familietilknytning mellom tredjelandsborgeren og EØS-borgeren som oppfyller definisjonen i unionsborgerdirektivet artikkel 2 nr. 2. Som nevnt er det nå avklart at tiltalte før innreisen i Norge hadde inngått ekteskap med en norsk borger, jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav a.

Vilkår knyttet til oppholdet i vertsstaten

- (109) Det følger av O og B-dommen avsnitt 51 at ikke ethvert opphold i en annen medlemsstat vil kunne gi grunnlag for avledede rettigheter. Effektivitetsprinsippet kan bare begrunne en avledet rett dersom unionsborgerens «opphold i værtsmedlemsstaten reelt har kunnet sette den pågældende i stand til at opbygge eller konsolidere et familieliv i denne medlemsstat». En unionsborger som utøver sine rettigheter etter unionsborgerdirektivet artikkel 6, altså opphold under tre måneder, har ikke til hensikt å slå seg ned i vertsstaten på en måte som oppfyller vilkåret, jf. avsnitt 52. Dette kan stille seg annerledes dersom unionsborgeren har til hensikt å utøve rettigheter etter artikkel 7, da et opphold etter artikkel 7 vitner om at unionsborgeren «flytter til og dermed reelt tager opphold» i vertsstaten og er av en slik karakter at det «egner sig til at opbygge eller konsolidere et familieliv», jf. avsnitt 53. EFTA-domstolen har lagt de samme vilkårene til grunn innenfor EØS, jf. uttalelsen i Jabbi-saken avsnitt 80 og i Campbell-saken avsnitt 62–64. Jeg er enig i det.
- (110) Det kreves derfor at EØS-borgeren har oppholdt seg i vertsstaten i mer enn tre måneder, eventuelt hatt hensikt om slikt opphold, og at oppholdet også ellers er egnet til å etablere eller styrke et familieliv. Jeg bemerker at artikkel 7 nr. 1 bokstav b også krever at EØS-borgeren har tilstrekkelige midler til livsopphold for seg og sin familie og er dekket av sykeforsikring, men det er ikke bestridt at de vilkårene er oppfylt i saken her.
- (111) I O og B-dommen la EU-domstolen til grunn at helge- og ferieopphold i vertsstaten ikke er tilstrekkelig, heller ikke om disse legges sammen, jf. avsnitt 59. I Campbell-saken uttalte EFTA-domstolen at kravet om opphold etter artikkel 7 likevel må forstås slik at det tillates rimelige perioder med fravær, og at omstendighetene må vurderes under ett med hensyn til om oppholdet er egnet til å etablere eller styrke familielivet, jf. avsnitt 67. Synspunktet er opprettholdt i EFTA-domstolens uttalelse i saken her, jf. avsnitt 51. Jeg kan ikke se at uttalelsene står i motstrid til O og B-dommen, og finner synspunktet overbevisende.
- (112) I vår sak har tiltaltes ektefelle hatt arbeid i Norge. Hun har i arbeidsperiodene bodd i Norge og også hatt opphold i Norge i forbindelse med fødselen. Det må derfor foretas en nærmere vurdering av om det er tale om et opphold i Sverige som sett under ett hadde en varighet og en art som oppfyller de kriteriene som er satt i O og B-dommen og Campbell-uttalelsen. Høyesterett kan som nevnt ikke prøve bevisene under skyldspørsmålet og har derfor ikke grunnlag for å vurdere dette.

Hvilke opphold i EØS-borgerens hjemstat som omfattes

- (113) Det heter i O og B-dommen avsnitt 50 at betingelsene for en avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere i unionsborgerens hjemstat ikke bør være strengere enn vilkårene for opphold sammen med unionsborgeren i vertsstaten. Det samme er uttrykt i Singh-dommen avsnitt 23, som jeg har sitert. EU-domstolen kom derfor i O og B-dommen til at selv om unionsborgerdirektivet ikke regulerer retur til hjemstaten, bør vilkårene anvendes analogisk, se også Eind-dommen avsnitt 45. I likhet med EFTA-domstolen bygger jeg på at det samme gjelder i EØS, se uttalelsen i saken her avsnitt 47 med videre henvisninger.
- (114) Etter unionsborgerdirektivet vil tredjelandsborgere kunne følge med eller slutte seg til EØS-borgeren i en vertsstat enten innreise skjer for en kortvarig periode etter artikkel 6 eller for et mer langvarig opphold etter artikkel 7.
- (115) I saken her var det kun tale om innreise og kortvarig opphold for å avgi erklæring om farskap. Staten har bestridt at avledede rettigheter overfor hjemstaten kan omfatte slike korte opphold. Det er vist til at de sakene EU-domstolen har tatt stilling til, gjelder retur til hjemlandet med hensikt om bosetting, og at hensynet til familielivet ikke kommer inn på samme måte ved kortvarige opphold. Det er også vist til at det ved opphold etter artikkel 7 skal utstedes oppholdskort, jf. unionsborgerdirektivet artikkel 10, som gir bedre mulighet for kontroll av vilkårene enn ved opphold etter artikkel 6, som kun krever gyldig pass.
- (116) EFTA-domstolen bygger i uttalelsen i saken her på at tredjelandsborgeres avledede rettigheter også gjelder ved kortvarige opphold, jf. avsnitt 49–52.
- (117) Jeg finner dette spørsmålet noe mer tvilsomt enn de spørsmålene jeg har drøftet til nå, men er kommet til at de argumenter staten har framført, ikke utgjør tilstrekkelig gode og tungtveiende grunner til å fravike EFTA-domstolens syn. Uttalelsene i EU-domstolens praksis om analogisk anvendelse av direktivet ved opphold i hjemstaten er generelle og ikke avgrenset mot opphold etter artikkel 6 slik som for det forutgående oppholdet i vertsstaten. I Singh-dommen brukes uttrykket «indreise og opphold», jf. avsnitt 23, og i O og B-dommen «oppholdsrett», jf. avsnitt 50. Muligheten for ektefellene til sammen å besøke slekt og venner i EØS-borgerens hjemstat, for eksempel i forbindelse med familiehøytider, er dessuten del av et normalt familieliv. Selv om det likevel ikke ville hatt samme avskrekkende effekt på utnyttelsen av retten til fri bevegelighet om en avledet rett ikke omfattet kortvarige opphold, vil en slik rett på den annen side i mindre grad gripe inn i hjemstatens innvandringsregulering. Langvarige opphold vil videre kunne starte som kortvarige opphold, og en annen løsning kan gi retts tekniske utfordringer.

Betydningen av at det er fattet vedtak om innreiseforbud

- (118) Som jeg har vært inne på i innledningen, er det klare utgangspunktet etter norsk intern rett at en person som er ilagt innreiseforbud, plikter å respektere dette fram til det er omgjort, selv om det er inntrådt forhold som gir grunnlag for omgjøring. Rettighetene etter EØS-retten oppstår imidlertid som en umiddelbar virkning, se for eksempel Metock-dommen avsnitt 95–96, og EFTA-domstolens uttalelse i saken her avsnitt 58. Dette innebærer at brudd på innreiseforbudet ikke kan straffes dersom tredjelandsborgeren på innreisetidspunktet hadde rett til innreise og opphold etter

EØS-retten, jf. straffeloven § 2 og utlendingsloven § 3. Jeg forstår både påtalemyndigheten og staten slik at det er enighet om dette.

- (119) Spørsmålet er derfor om innreiseforbudet kan stå seg etter EØS-retten, eventuelt fram til det er omgjort.
- (120) I og med at vilkårene i unionsborgerdirektivet skal anvendes når en EØS-borger returnerer med familiemedlemmer til hjemstaten, må det antas at det også vil være unionsborgerdirektivet kapittel VI som regulerer adgangen til å gjøre begrensninger i retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Jeg viser til EFTA-domstolens uttalelse i saken her avsnitt 57–58 og uttalelsen i Jabbi-saken avsnitt 80.
- (121) Artikkel 27 nr. 2 fastsetter at tiltak av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet skal være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet og utelukkende være begrunnet i vedkommende enkeltpersons personlige atferd. Tidligere straffedommer alene skal ikke gi grunnlag for slike tiltak. Bestemmelsen er gjennomført i utlendingsloven § 122. Vilårene i artikkel 27 nr. 2 er strengere enn de alminnelige vilårene for utvisning i utlendingsloven kapittel 8, jf. HR-2022-533-A avsnitt 41.
- (122) Dette innebærer at et vedtak om utvisning som er truffet etter utlendingsloven kapittel 8 forut for at tredjelandetsborgeren ervervet avledede EØS-rettigheter, etter EØS-retten ikke vil kunne hindre rett til innreise og opphold så lenge det ikke er truffet et nytt vedtak om utvisning som oppfyller de strengere vilårene i artikkel 27. Jeg viser til EFTA-domstolens drøftelse i saken her avsnitt 61–75.
- (123) Det kan spørres om et vedtak etter kapittel 8 som er begrunnet slik at også vilårene etter utlendingsloven § 122 er oppfylt, vil kunne anses som et vedtak etter artikkel 27. Det klare utgangspunktet må være at det kreves en ny vurdering og et nytt vedtak, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 74. Det kan likevel ikke utelukkes at dette i særlige tilfeller kan stille seg annerledes – formuleringen av svaret i avsnitt 75, jf. avsnitt 61, synes ikke å stenge helt for det. I vår sak kommer spørsmålet uansett ikke på spissen, da det ut fra begrunnelsen i vedtaket ikke kan anses klart at vilårene i artikkel 27 er oppfylt. Jeg viser her til at utvisningsvedtaket fra 2017 i det store og hele er begrunnet i den forutgående straffedommen. Jeg forstår påtalemyndigheten slik at den ser det på samme måte.
- (124) Etter unionsborgerdirektivet artikkel 32 nr. 2 må et tidligere fattet utvisningsvedtak som søkes omgjort, respekteres fram til det er truffet nytt vedtak. Som nevnt ble EFTA-domstolen spurt om artikkel 32 kunne anvendes på et tidligere utvisningsvedtak slik som i saken vår. Dette ble besvart med at bestemmelsen bare gjelder ved søknad om omgjøring av vedtak som er begrunnet i henhold til artikkel 27. Etter at tolkningsuttalelsen forelå, har påtalemyndigheten frafalt anførselen om at artikkel 32 innebærer at lovlig innreise i saken her ikke kunne skje før utvisningsvedtaket var blitt omgjort. Siden heller ikke staten har argumentert for et slikt syn, nøyer jeg meg med å si at jeg slutter meg til EFTA-domstolen på dette punktet.
- (125) Staten har imidlertid gjort gjeldende at siden EU-domstolen har forankret avledede rettigheter i primærrettens bestemmelser om fri bevegelighet, vil det være den alminnelige restriksjonslæren som regulerer unntaksadgangen og ikke direktivet artikkel 27, jf. storkammerdom 5. juni 2018 i sak C-673/16 *Coman mfl.* Det vil av den grunn kunne

forsvares å stille krav om å søke om omgjøring av vedtaket før innreise. Dersom avledede rettigheter i EØS forankres i direktivet slik at artikkel 27 regulerer unntaksadgangen, vil reglene være strengere for EFTA-statene enn for EU-statene, noe som vil være i strid med homogenitetsprinsippet.

- (126) Jeg har et annet syn. Som nevnt følger det av EU-domstolens praksis at vilkårene skal være minst like gode som i direktivet, og at vilkårene i direktivet derfor kommer analogisk til anvendelse. Det er ikke tatt noe forbehold for vilkårene for innreiseforbud. Det er riktig at EU-domstolen anvendte restriksjonslæren i Coman-dommen. Men den avgjørelsen gjaldt andre begrensninger enn tiltak av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse, nemlig forskjellsbehandling av likekjønnet ekteskap. Det samme er tilfellet for EFTA-domstolens uttalelse 12. desember 2024 i saken E-15/24 *A og B*, som gjaldt kravet om samtykke fra forelder med del i foreldreansvaret for at et barn kan flytte ut av landet. Slike omstendigheter reguleres ikke av direktivet, og restriksjonslæren kommer da inn på vanlig måte, i motsetning til restriksjoner av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse, jf. direktivet kapittel VI. Dette er likt i EU og i EØS og innebærer derfor ikke strengere regler for EFTA-statene.
- (127) Jeg er etter dette i likhet med EFTA-domstolen kommet til at et tidligere ilagt innreiseforbud ikke i seg selv er til hinder for å utøve en senere ervervet rett til innreise og opphold som følge av ekteskap med en EØS-borger. Dersom vilkårene for en avledet rett er oppfylt for tiltaltes del, kan bruddet på innreiseforbudet ikke straffes.

Andre påberopte grunnlag for frifinnelse

- (128) Det er for det første påberopt at dersom Høyesterett fraviker EFTA-domstolens uttalelser, vil straff ikke kunne anvendes fordi det i så fall vil stride mot legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet, jf. Grunnloven § 96. Ettersom jeg er kommet til samme resultat som EFTA-domstolen, ser jeg ikke noen grunn til å gå inn på spørsmålet.
- (129) For det andre anfører tiltalte at det ikke er hjemmel i utlendingsloven for å straffe han for brudd på utlendingsloven § 71 andre ledd, som tiltalen gjelder. Bestemmelsen står i lovens kapittel 8 og forbyr innreise for personer som er utvist etter det samme kapitlet. Tiltalte har vist til at selv om ektefellens opphold i Sverige har hatt en varighet og en art som ikke skulle gi ham grunnlag for avledede rettigheter etter EØS-retten, faller han inn under utlendingsloven kapittel 13 fordi han er ektefelle til en norsk borger som har utøvet retten til fri bevegelse, jf. utlendingsloven § 110 andre ledd andre punktum. Det er også vist til at det følger av utlendingsforskriften § 19-2 niende ledd at lovens § 108 om straff bare får anvendelse for brudd på de bestemmelser som gjelder for denne gruppen, og av femte ledd at lovens kapittel 8 om utvisning, der § 71 står, ikke gjelder.
- (130) Jeg er ikke enig i at det mangler internrettslig hjemmel for straff i vår sak. Bestemmelsene i utlendingsloven kapittel 13 gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser etter unionsborgerdirektivet, jf. Ot.prp. nr. 72 (2007–2008). Det følger av lovens § 109 første ledd at kapittel 13 regulerer retten til innreise og opphold «for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen». Tiltalte omfattes av EØS-avtalen bare i de tilfellene han oppfyller vilkårene i den. De vilkårene har jeg vært gjennom.

- (131) I § 110 andre ledd andre punktum er det satt som vilkår for å være omfattet av kapittel 13, at den norske borgeren returnerer til riket «etter å ha utøvet retten til fri bevegelse etter EØS-avtalen». Sett i lys av § 109 første ledd må dette forstås som en henvisning til de vilkårene som følger av EØS-avtalen, også vilkårene for å erverve avledede rettigheter. Konsekvensen er at dersom det viser seg at de EØS-rettslige kravene for avledede rettigheter ikke er oppfylt i tiltaltes tilfelle, faller han utenfor kapittel 13, med den følge at § 71 gjelder. Jeg kan ikke se at denne forståelsen av § 110, jf. § 109 er i strid med kravet i Grunnloven § 96 til klar lovhjemmel.
- (132) Det er på denne bakgrunn ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om også reglene i utlendingsforskriften gir et internrettslig grunnlag for å anvende lovens § 71 i dette tilfellet.
- (133) Endelig er det gjort gjeldende at dersom tiltalte behandles dårligere som ektefelle til en norsk borger enn han ville blitt som ektefelle til en borger fra en annen EØS-stat, vil dette være i strid med forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14, jf. artikkel 8. Det følger imidlertid av min gjennomgang at tiltalte i all hovedsak behandles på samme måte. Vilårene for innreise og opphold i Norge er riktignok noe mindre strenge for ektefelle til en borger av en annen EØS-stat. I et slikt tilfelle vil Norge være vertsstat, og det kreves derfor ikke at EØS-borgeren før innreise i Norge har benyttet seg av retten til fri bevegelse på en måte som har vært egnet til å etablere eller styrke familielivet. Kravet gjelder imidlertid tilsvarende for innreise og opphold i vedkommende EØS-borgers hjemstat, og tiltalte har som tredjelandsborger ikke noen sterkere tilknytning gjennom sitt statsborgerskap til den ene eller andre av EØS-statene. Forskjellen lar seg forsvare ut fra bakgrunnen for reglene, som bygger på at tredjelandsborgeres rettigheter er avledet fra EØS-borgerens rettigheter, og at disse rettighetene er utledet av retten til å reise til et annet land enn EØS-borgerens hjemstat. Heller ikke dette subsidiære grunnlaget kan derfor føre fram.

Konklusjon

- (134) Lagmannsretten la til grunn at nye opplysninger om rett til opphold etter EØS-retten ikke kunne føre til frifinnelse, men at disse opplysningene – som ved andre nye opplysninger – måtte legges fram for utlendingsmyndighetene i søknad om omgjøring av utvisningsvedtaket. Som det følger av min gjennomgang, er dette uriktig rettsanvendelse. Lagmannsretten skulle ha vurdert om tiltalte på innreisetidspunktet hadde ervervet en avledet rett til innreise og opphold i Norge på grunnlag av ekteskap med en EØS-borger som hadde benyttet seg av retten til fri bevegelse. Dersom ektefellens opphold i Sverige på dette tidspunktet hadde en varighet og en art som var egnet til etablere eller styrke familielivet med tiltalte, vil overtredelse av innreiseforbudet ikke være straffbart, jf. straffeloven § 2 og utlendingsloven § 3.
- (135) Siden det faktum som går fram av lagmannsrettens dom, ikke er tilstrekkelig til at Høyesterett kan ta stilling til om ektefellens opphold i Sverige var av en slik karakter at tiltalte hadde ervervet en avledet rett, må lagmannsrettens dom oppheves, jf. straffeprosessloven § 345 andre ledd. De øvrige grunnlagene som er anført for frifinnelse, har ikke ført fram.
- (136) Da det vil kunne være behov for ny bevisførsel, må også ankeforhandlingen oppheves, jf. straffeprosessloven § 347 første ledd.

(137) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

(138) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(139) Dommer **Bull:** Likeså.

(140) Dommer **Arntzen:** Likeså.

(141) Dommer **Falch:** Likeså.

(142) Dommer **Bergh:** Likeså.

(143) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.

(144) Dommer **Thyness:** Likeså.

(145) Dommer **Sæther:** Likeså.

(146) Dommer **Stenvik:** Likeså.

(147) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(148) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.