

EU-borgerskap og EØS

Professor Christian Franklin*

1. Innledning – mandat og avgrensninger

Rapporten er utarbeidet i henhold til retningslinjene oversendt fra sekretariatets leder, der det ønskes en gjennomgang av EUs regler om unionsborgerskap og relevansen av disse for fri bevegelighet innenfor EU, herunder en gjennomgang av rettspraksis fra EU-domstolen. Videre er det etterspurt en vurdering av den rettslige og praktiske betydning av at det ikke finnes noen parallell til EUs unionsborgerskap, som gir fri bevegelighet til alle uavhengig av økonomisk aktivitet, i EØS-avtalen, og rettspraksis fra EFTA-domstolen som er relevant i denne sammenheng. Til slutt ønskes en vurdering hvorvidt det har noen reell betydning at unionsborgerskapet ikke er del av EØS-avtalen.

Rapporten fokuserer utelukkende på utviklingen av og innholdet i EU-borgerskapskonseptet, og hvordan dette påvirker EØS-retten, fra et normativt og rettsdogmatisk perspektiv. Sentralt står dermed forklaringer og avklaringer om det rettslige rammeverket knyttet til dette konseptet. Rapporten avgrenser følgelig mot andre mer (retts)politiske spørsmål og vurderinger. Av rene plasshensyn har også EU-borgerskap og retten til fri bevegelighet og opphold under EU/EØS ikke blitt vurdert opp mot avtalene Sveits og Storbritannia har med EU.

2. Fra markeds- til EU-borgerskap

EU-borgerskapskonseptet ble formelt introdusert ved Maastricht-traktaten (signert 7. februar 1992; trådte i kraft 1. november 1993), samtidig som den Europeiske Unionen (EU) ble til, og var nok motivert av flere relaterte faktorer: En bred konsensus blant medlemsstatene om økt politisk integrasjon over tid; et grunnleggende ønske på EU-institusjonelt og nasjonalt nivå om å styrke EUs demokratiske legitimitet gjennom utviklingen av noe som kunne ligne et europeisk *demos*; og erkjennelsen av at et europeisk borgerskapskonsept faktisk kunne eksistere, utvikles og ha merverdi, helt uavhengig av nasjonal identitet og ren statlig tilhørighet. Det har vært en grunnleggende målsetting helt siden etableringen av Det Europeiske Økonomiske Felleskapet (EØF; senere EF) ved Roma-traktaten i 1957 om å bevege seg fra økonomisk mot en bredere politisk union.¹ Borgerskapskonseptet som ble innført ved Maastricht-traktaten, og som i skreven form har forblitt stort sett uendret gjennom samtlige av traktatrevisjonene de siste 30 årene, representerte følgelig bare enda et steg i retning av partenes opprinnelige intensjoner «to establish the foundations of an ever closer Union of the peoples of Europe».²

Borgerskapsreglene finnes i dag spredt over flere bestemmelser i EUs to grunnleggende traktater – Treaty on European Union (TEU) og Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).³ Helt sentralt i rettighetene og pliktene som borgerskapskonseptet rommer, og som er opplistet i kondensert form i art. 20 TFEU, er retten alle EU-borgere har til å ferdes og oppholde seg fritt på EU-medlemsstatenes territorium. I tillegg kommer en rekke politiske rettigheter som tar sikte på å øke graden av både delaktighet i EUs politiske prosesser og tilhørighet til og i EU.

*Professor, Universitetet i Bergen og Direktør for CENTENOL.

¹ Roma-traktaten er tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>.

² Se aller første punkt i Roma-traktatens fortale; gjengitt i dagens i art. 1 TEU.

³ OJ C 202 07.06.2016. De relevante bestemmelsene er for enkelthetsskyld gjengitt i sin helhet i annekset til denne rapporten.

Spørsmålet reiste seg imidlertid ganske raskt om introduksjonen av EU-borgerskap egentlig representerte noe nytt. I juridisk teori hadde man nemlig diskutert eksistensen av et EF-borgerskapskonsept i flere tiår før Maastricht-traktaten.⁴ Dette var heller ikke så overraskende, da retten til å bevege og oppholde seg fritt innad i en stats territorium er en av kjernerettighetene som umiddelbart forbindes med nasjonalt borgerskap.⁵ Og slike rettigheter har eksistert for en rekke persongrupper innad i EU helt siden Roma-traktaten. En grunnleggende – og viktig – forskjell mellom situasjonen på nasjonalt nivå og i EU kan naturligvis sies å ligge i at retten til fri bevegelighet i sistnevnte historisk sett var forbeholdt personer som var økonomisk aktive. Enten som arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende eller tilbydere/mottakere av tjenester. Men at EU-institusjonene allerede tidlig på 1960-tallet anså friheten til å velge hvor man ønsket å bosette seg og jobbe som i stor grad bestemt og drevet av personlige ønsker og preferanser fremfor økonomisk nødvendighet virker godt dokumentert.⁶ EU-lovgiver var også tidlig ute med å utvide personkretsen til de som hadde rett til fri bevegelighet og opphold i andre medlemsstater til andre persongrupper som ikke hadde en like umiddelbar kobling til økonomisk aktivitet – først til visse tjenestemottakere, og videre til arbeidssøkende – til tross for at disse på daværende tidspunkt ikke var dekket av traktatens ordlyd.⁷ Utviklingen fortsatte i regi av EU-domstolen, som i løpet av 1980-tallet kom til at også mottakere av turist- og forretningstjenester måtte anses dekket av traktatbestemmelsene om fri bevegelighet av tjenester.⁸ Og tidlig på 1990-tallet ble personkretsen utvidet nok en gang gjennom en rekke direktiver for å dekke studenter, pensjonister og personer som ikke var i jobb men som hadde tilstrekkelige midler til å ikke utgjøre en byrde for vertstatens velferdssystemer under sine opphold.⁹

Med hvert av disse stegene, pådrevet både på politisk nivå og gjennom EU-domstolens dynamiske tolkninger av reglene om fri bevegelighet, ble grensdragningen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktive personer stadig vanskeligere å trekke. I realiteten var det ytterst få persongrupper som ikke kunne anses dekket av reglene om fri bevegelighet på en eller annen måte. Enkelte har derfor hevdet at det allerede eksisterte en form for «quasi Citizenship», eller *markedsborgerskap*,

⁴ R. Plender, “An Incipient Form of European Citizenship”, i F.G. Jacobs (red.) *European Law and the Individual* (North-Holland, 1976) 39; A.C. Evans, “European Citizenship” (1982) 45 *Modern Law Review* 497.

⁵ Slik er det f.eks. i USA, der retten til fri bevegelighet mellom og opphold i statene er grunnlovfestet, U.S. Constitution, Article IV, Section 2, Clause 1 – “The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States”. Som forklart av U.S. Supreme Court i *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168 (1868), “[i]t was undoubtedly the object of the clause in question to place the citizens of each State upon the same footing with citizens of other States, so far as the advantages resulting from citizenship in those States are concerned. It relieves them from the disabilities of alienage in other States; it inhibits discriminating legislation against them by other States; it gives them the right of free ingress into other States, and egress from them; it insures to them in other States the same freedom possessed by the citizens of those States in the acquisition and enjoyment of property and in the pursuit of happiness; and it secures to them in other States the equal protection of their laws.”

⁶ Se f.eks. Kommisjonens uttalelse i P.E. Deb. No. 48, 22. november 1961, om at fri bevegelighet utgjør «*le premier aspect d’une citoyenneté européenne*»; og Kommisjonens visepresident Sandri, som i 1966 omtalte etableringen av det indre markedet, med fri bevegelighet for arbeidstakere, som «a reality which is contributing to the creation of a spirit of European citizenship among our peoples». L.L. Sandri, “Social Policy in the Common Market”, Community Topics No. 22, (1966, European Community Information Service), s. 3.

⁷ Direktiv 64/220 OJ 56/845 04.04.1964; Art. 1 i direktiv 68/360 OJ L 257/13 19.10.1968; og art. 69(1) i forordning 1408/71 OJ L 149/2 05.07.1971.

⁸ Sak 186/87 *Cowan* ECLI:EU:C:1989:47, som Shaw betegner som en del av EU-domstolens «proto-citizenship case law». J. Shaw, “Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism”, I P. Craig & G. de Búrca (red.) *The Evolution of EU law* (Oxford University Press, 2. utgave, 2011) 575, s. 584.

⁹ Direktiv 93/96 OJ L 317/59 18.12.1993; Direktiv 90/365 OJ L 180/28 28.06.1990; Direktiv 90/364 OJ L 180/26 13.07.1990.

lenge før Maastricht-traktaten.¹⁰ At EU-borgerskapskonseptet dermed endelig skulle finne sin vei inn i EU-traktatene ved Maastricht-traktaten var nok derfor ikke helt uventet, men fremstår snarere som kulminasjonen av en politisk og rettslig diskusjon og utvikling som var pågått i lang tid på EU-nivå.¹¹

Men hva innføringen av et formelt EU-borgerskapsbegrep på traktatnivå faktisk ville innebære var det nok delte meninger om. Det lå tvilløst en sterk symbolikk bak innføringen av konseptet, men spørsmålet var om det kunne krystallisere seg i form av utvidete og konkrete rettigheter. Til å begynne med var det en del både skeptiske stemmer,¹² og kritikere.¹³ Generaladvokatene ved EU-domstolen så likevel og umiddelbart potensialet bak de nye traktatreglene. Som generaladvokat Léger spådde i *Boukhalfa*: «If all the conclusions inherent in this concept [of EU citizenship] are drawn, every citizen of the Union must, whatever his nationality, enjoy exactly the same rights and be subject to the same obligations».¹⁴ Og Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer traff spikeren på hodet i *Shingara*, når han uttalte at “[t]he creation of the citizenship of the Union (...) represents a considerable qualitative step forward in that (...) it separates this freedom [of movement] from its functional or instrumental elements (the link with an economic activity or attainment of the internal market) and raises it to the level of a genuinely independent right inherent in the political status of the citizens of the Union».¹⁵

EU-domstolen gikk likevel litt mer forsiktig frem i starten, og unngikk anvendelse av borgerskapsreglene til fordel for andre EU-regler der dette var mulig. I *Skanavi* fastlo for eksempel EU-domstolen at traktatbestemmelsen om fri bevegelse for arbeidstakere (dagens art. 45 TFEU) måtte anses som en mer «specific expression» av den alminnelige retten til fri bevegelse som fulgte av borgerskapsreglene, og at sistnevnte følgelig ikke kom til anvendelse.¹⁶ EU-domstolen gjorde mye av det samme i *Calfa*, en sak som gjaldt utvisningsvedtak og livstidsforbud mot retur til landet utstedt av greske myndigheter mot en italiensk statsborger for narkotikabruk under et ferieopphold

¹⁰ Se f.eks. D. Kochenov & R. Plender, “EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text” (2012) 37 *European Law Review* 369, som mener at “EU citizenship is older than Maastricht, where a de facto pre-existing status was merely codified” (s. 370), og at «virtually nothing new was added by the drafters of Maastricht to the pre-existing rules on EU citizenship besides the name” (s. 375).

¹¹ Slik også f.eks. D. Thym, “The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens” (2015) *Common Market Law Review* 17, s. 20, som beskriver dette som en naturlig fortsettelse av en allerede lang og konsekvent tradisjon for liberale og utvidende tolkninger av reglene om fri bevegelse for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenester i EU-domstolen.

¹² Se f.eks. H.U.J. d’Oliveira, “European Citizenship: Its Meaning and Potential”, i J. Monar, W. Ungerer & W. Wessels (red.) *The Maastricht Treaty on European Union – Legal Complexity and Political Dynamic* (European Interuniversity Press, 1993) 81, s. 105, som beskriver EU-borgerskapskonseptet som “nearly exclusively a symbolic plaything without substantive content”; D. Pollard, “Rights of Free Movement” I N.A. Neuwahl & A. Rosas (red.) *The European Union and Human Rights* (Martijnus Nijhoff, 1995) 105, s. 116, som beskriver EU-borgerskapet som en ren “paper declaration”. M. Everson, “The Legacy of the Market Citizen”, i J. Shaw & G. More (red.), *New Legal Dynamics of European Union* (Clarendon, 1995) 73, som mente at det vanskelig kunne tenkes at EU-borgerskapet kunne utvikles til noe mer enn et rent markedsborgerskap; og J.H.H. Weiler, “Citizenship and Human Rights” i J.A. Winter, D.M. Curtin, A.E. Kellerman & B. de Witte (red.) *Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate* (Kluwer, 1996) 57, s. 68, som omtalte EU-borgerskapet som “little more than a cynical exercise on public relations on the part of the High Contracting Parties”.

¹³ Se f.eks. Kochenov & Plender (fn. 10), som mente at utviklingen av selvstendige EU-borgerskapsregler var altfor treg. Se også N. Reich, “Union Citizenship – Metaphor or Source of Rights?” (2001) 7 *European Law Journal* 4, som mente at «citizenship has been a rather insignificant source of rights so far», og pekte videre på bl.a. mangelen på individuelle plikter som EU-borgerskap kunne (og kanskje burde) medføre.

¹⁴ C-214/94 *Boukhalfa* ECLI:EU:C:1995:381, avsnitt 63.

¹⁵ C-65 & 111/95 *Shingara* ECLI:EU:C:1996:451, avsnitt 34.

¹⁶ C-193/94 *Skanavi* ECLI:EU:C:1996:70, avsnitt 22.

på Kreta.¹⁷ EU-domstolen kom her til at det greske vedtaket utgjorde et ulegitimert brudd på retten til å motta turisttjenester etter dagens art. 56 TFEU, fremfor et brudd på borgerskapsbestemmelsene. Avgjørelsen har blitt kritisert av O’Leary – ikke for at resultatet ble feil, men for bruk av feil hjemmel, all den tid EU-retten her ble brukt «to protect the fundamental [EU] objectives of market integration rather than to protect individual rights *per se*».¹⁸ Og i enkelte andre saker ble borgerskapsreglene trukket frem kun som supplementære (ikke selvstendige) rettsgrunnlag, i kombinasjon med andre traktatbestemmelser om bl.a. fri bevegelse av arbeidstakere og tjenester.¹⁹

Det kan nok være flere grunner til EU-domstolens tilbakeholdenhet i disse tidlige årene. Kochenov & Plender mener for eksempel at den trege utviklingen skyldtes at EU-borgerskapskonseptet, til tross for sin nye «branding», fortsatt var sterkt bundet av markedstankegangen som reglene hadde vokst ut fra til å begynne med, og følgelig «remained contaminated by its own incipient past».²⁰ Kostakopoulou viser for sin del til potensielle politiske utfordringer: «European judges saw radical change as difficult, premature and costly in view of post-Maastricht reactions and governmental opposition».²¹ Og den tidlige utviklingen var nok også til en viss grad hemmet av begrensninger til fri bevegelse stadfestet i eksisterende EU-sekundærlovgivning, altså de forordningene og direktivene som senere skulle bli erstattet av borgerskapsdirektivet.²² Men selv om det tok litt tid, så har EU-borgerskapsreglene tvilløst hatt en markant påvirkning på EU-rettsutviklingen de siste 25 årene. Et godt første eksempel her er hvordan EU-borgerskap i dag kan anses å påvirke medlemsstatenes nasjonale borgerskapsregler.

2.1 Forholdet mellom nasjonalt- og EU-borgerskap

Nasjonale borgerskapsregler har stort sett og tradisjonelt vært ansett å falle utenfor EU-rettens materielle virkeområde. Medlemsstatene pliktet riktignok å respektere hverandres nasjonale regler for tap og erverv av nasjonalt borgerskap også før introduksjonen av EU-borgerskapskonseptet,²³ men EU-retten regulerte ikke nasjonale vilkår for borgerskap i medlemsstatene som sådan. Dette tradisjonelle utgangspunktet ble også gjenspeilet i EU-borgerskapsreglens ordlyd. I dagens art. 9 TEU heter det at «every national of a Member State shall be a citizen of the Union». Utgangspunktet gjengis i art. 20(1) TFEU, der det heter at «every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union». Det fremgår videre klart av begge disse bestemmelsene at EU-borgerskap ikke erstatter, men kommer i tillegg til (er «additional to»), nasjonalt borgerskap.²⁴ I sine tidlige avgjørelser etter Maastricht-traktaten fastslo EU-domstolen følgelig at EU-borgerskapet ikke kan eksistere uten nasjonalt borgerskap, og at det er medlemsstatenes nasjonale borgerskapsregler som vil være bestemmende for om man har EU-borgerskapsstatus eller ikke.²⁵

Senere avgjørelser fra EU-domstolen viser like fullt at EU-borgerskapsreglene helt klart påvirker nasjonale borgerskapsregler og praksis i medlemsstatene – om enn på noe mer indirekte vis. I

¹⁷ C-348/96 *Calfa* ECLI:EU:C:1999:6.

¹⁸ S. O’Leary, “The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law” (1995) 32 *Common Market Law Review* 519.

¹⁹ Se f.eks. C-274/96 *Bickel & Franz* ECLI:EU:C:1998:563; og C-135/99 *Elsen* ECLI:EU:C:2000:647.

²⁰ Kochenov & Plender (fn. 10), s. 381.

²¹ D. Kostakopoulou, “Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change” (2005) 68 *Modern Law Review* 233, 245.

²² Direktiv 2004/38 OJ L 158/77 30.04.2004. Utviklingen her kommer vi tilbake til senere – se punkt 2.8.

²³ Se f.eks. C-369/90 *Micheletti* ECLI:EU:C:1992:295; bekreftet i bl.a. C-200/02 *Chen* ECLI:EU:C:2004:639.

²⁴ Ordlyden i bestemmelsene ble endret i Amsterdam-traktaten, der det tidligere het at EU-borgerskap var «complementary», uten at dette anses å være av særlig betydning for bestemmelsenes materielle innhold.

²⁵ C-192/99 *Kaur* ECLI:EU:C:2001:106.

Rottmann slo EU-domstolen i storkammer fast at ettersom tap av nasjonalt borgerskap automatisk vil medføre tap av EU-borgerskap, og alle EU-rettighetene som følger av sistnevnte, at medlemsstatene plikter å vurdere hvorvidt en slik inngripende handling i individets rett til fri bevegelighet kan stå seg i lys av EU-rettslige regler og prinsipper i sin alminnelighet (les: vurdere om inngrepet er legitimt og proporsjonalt).²⁶ Saken gjaldt tap av tysk borgerskap med den begrunnelse at *Rottmann* ikke hadde oppgitt i sin borgerskapsøknad at han var bedrageriltalt i sitt opprinnelsesland (Østerrike). Ettersom *Rottmann* ikke hadde en automatisk rett til å få tilbake sitt østerrikske statsborgerskap risikerte han dermed å bli stående igjen som statsløs. Tap av hans tyske statsborgerskap ville dermed også automatisk føre til tap av hans EU-borgerskapsstatus. EU-domstolen kom til at medlemsstatene må anses å operere under et EU-rettslig tak i utøvelse av det (riktignok vide) handlingsrommet de har i slike nasjonalitetsspørsmål: De står fritt til å regulere vilkårene for tap og erhverv av nasjonalt borgerskap som de ønsker, under forutsetning av at dette gjøres i tråd med generelle EU-rettslige prinsipper – inkludert da (og naturligvis) retten til fri bevegelighet, og proporsjonalitetsprinsippet.²⁷

Avgjørelsen i *Rottmann* har blitt bekreftet ved flere anledninger.²⁸ EU-domstolen gikk nylig et skritt videre i *JY*, der den kom til at enkelte spørsmål knyttet til erhverv av nasjonalt statsborgerskap også kan anses å falle inn under EU-rettens virkeområde.²⁹ I denne saken hadde østerrikske myndigheter nektet å overholde en assurance som var gitt til *JY* om innvilgelse av østerriksk statsborgerskap etter at vedkommende hadde begått en rekke brudd på nasjonale trafikkregler i landet. Som påkrevd ledd i søknadsprosessen om østerriksk statsborgerskap hadde imidlertid *JY* gitt avkall på sitt tidligere nasjonale (estlandske, og dermed også EU-)borgerskap. Når assuranse ble tilbaketrasket ble han dermed stående igjen som statsløs. EU-domstolen kom til at en slik handling måtte anses i strid med Art. 20 TEU, og følgelig undergis en omfattende og individuell proporsjonalitetsvurdering som tok hensyn til individets personlige og individuelle situasjon. EU-borgerskapsreglenes påvirkning på nasjonale regler som tidligere var ansett å falle helt utenfor EU-rettens materielle virkeområde syntes dermed klart. Som vi skal se senere har flere eksempler på dette også fulgt med årene.

2.2. Art. 20 og 21 TFEU – direkte virkning

Den største endringen som introduksjonen av EU-borgerskap medførte lå i at kravet til pågående, tidligere eller fremtidig økonomisk aktivitet som en grunnleggende forutsetning for (primær)retten til fri bevegelighet ble kastet av. Dette åpnet i sin tur for at traktatbestemmelsene om EU-borgerskap kunne brukes som grunnlag for utvikling av nye, selvstendige EU-rettigheter, helt løsrevet fra de andre traktatbestemmelsene som omhandlet fri bevegelighet for mer spesifiserte persongrupper. EU-domstolen var riktignok igjen noe tilbakeholden i starten her, og avviste først mulig direkte virkning av det som er dagens art. 20 og 21 TFEU.³⁰ Domstolen snudde imidlertid få år senere i *Baumbast og Chen*, to saker som gjaldt EU-borgere som ikke var involvert i noen form for økonomisk aktivitet.³¹ EU-domstolen kom her til at alle EU-borgere, uavhengig av om de er involvert i noen form for økonomisk

²⁶ C-135/08 *Rottmann* ECLI:EU:C:2010:104.

²⁷ Avsnitt 45-48: «...the Member States must, when exercising their powers in the sphere of nationality, have due regard to European Union law... the exercise of that power, in so far as it affects the rights conferred and protected by the legal order of the Union, as is in particular the case of a decision withdrawing naturalisation such as that at issue in the main proceedings, is amenable to judicial review carried out in the light of European Union law.”

²⁸ Se f.eks. C-221/17 *Tjebbes* ECLI:EU:C:2019:189.

²⁹ C-118/20 *JY v. Wiener Landesregierung* ECLI:EU:C:2022:34.

³⁰ C-378/97 *Wijsenbeek* ECLI:EU:C:1999:439. Avvisningen av direkte virkning i denne saken (forstått her som muligheten for private individer å påberope seg av EU-regler direkte som rettsgrunnlag i saker som verserer for nasjonale domstoler i EU-medlemsstatene) kunne imidlertid kanskje skyldes sakens noe kunstige opphav.

³¹ C-413/99 *Baumbast* ECLI:EU:C:2002:493; C-200/02 *Chen* ECLI:EU:C:2004:639.

aktivitet, har en alminnelig (og primær)rett til fri bevegelse som kan påberopes for å utfordre EU-medlemsstatenes handlinger som begrenser deres rett til ut- eller innreise og til opphold, også i tilfeller utenfor de som er regulert i EU-sekundærretten. Det være seg mot sin egen hjemstat, så vel som vertsstaten de måtte reise til. Koblet med prinsippet om EU-rettens forrang, som innebærer at motstridende nasjonal rett eventuelt må settes helt til side av nasjonale rettsanvendere, innebar dette en vesentlig styrking av rettssituasjonen til individet overfor medlemsstatene.³²

Introduksjonen av art. 20 og 21 TFEU og anerkjennelsen av deres direkte virkning innebar i sin tur en i utgangspunktet innskrenkende og streng(ere) tolkning av enkelte vilkår, unntak og begrensninger som kunne ilegges retten til fri bevegelse og opphold i EU-sekundærlovgivningen. Det fremgår riktignok av ordlyden til art. 21 TFEU at primærretten til fri bevegelse og opphold i annen EU-stat for alle EU-borgere er «subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect».³³ EU-domstolen viste imidlertid allerede i *Baumbast* hva det kunne bety at slike begrensninger og vilkår heretter måtte tolkes i lys av borgerskapsreglene i TFEU. Sentralt i saken stod tolkningen av et krav til helseforsikring under opphold i annen EU-stat som var oppstilt i dagjeldende EU-sekundærlovgivning, der det fremgikk uttrykkelig at forsikringen måtte dekke alle risiko («all risks»). Britiske myndigheter hadde avslått tyske Baumbasts søknad om opphold i landet, da de mente at sykeforsikringen hans – som var omfattende, men som ikke dekket akuttbehandling – ikke oppfylte kravet. EU-domstolen kom til at direktivets ordlyd, tolket i lys av art. 21 TFEU, ikke kunne stå i veien for en lempeligere tolkning av kravet:

“(…) limitations and conditions must be applied in compliance with the limits imposed by [EU] law and in accordance with the general principles of that law, in particular the principle of proportionality. (...) both Mr Baumbast and his family have comprehensive sickness insurance in another Member State of the Union. (...) Under those circumstances, to refuse to allow Mr Baumbast to exercise the right of residence which is conferred on him by [Article 21 TFEU] by virtue of the application of the provisions of Directive 90/364 on the ground that his sickness insurance does not cover the emergency treatment given in the host Member State would amount to a disproportionate interference with the exercise of that right”.³⁴

2.3 Fri bevegelse, opphold og likebehandling

Introduksjonen av en rett til fri bevegelse og opphold for alle EU-borgere uavhengig av økonomisk aktivitet reiste fort også spørsmålet om den mulige koblingen til ikke-diskriminerings- og likebehandlingsprinsippet i art. 18 TFEU. Hadde ikke-økonomisk aktive EU-borgere rett til likebehandling på samme vilkår og nivå som borgerne av vertsstatene de eventuelt måtte reise til og/eller oppholde seg i?

Svaret på dette helt essensielle spørsmålet kom i EU-domstolens avgjørelse i *Martínez Sala*:³⁵ De som nyter lovlig opphold i annen EU-medlemsstat etter de kravene som stilles i vertsstatens nasjonale lovgivning, har samme rett på sosiale fordeler som vertstatens egne borgere etter en kombinert tolkning av art. 18 og 20(2) TFEU. *Martínez Sala* var en spansk statsborger som hadde bodd i Tyskland siden 1968, da hun var 12 år gammel. I voksen alder fikk hun et barn og søkte om barnetrygd. Tyske

³² Som forklart av D. Kostakopoulou (fn. 21) «[this] shattered prevailing economic approaches to European integration» (s. 233).

³³ Det samme kommer til uttrykk i Art. 20 TFEU, der det heter at «[t]hese rights shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the Treaties and by the measures adopted thereunder».

³⁴ Avsnitt 91-93. For et annet eksempel på en innskrenkende tolkning av begrensninger i lys av borgerskapsreglene (kravet til tilstrekkelige ressurser under opphold i annen EU-stat), se C-200/02 *Chen* ECLI:EU:C:2004:639.

³⁵ C-85/96 *Martínez Sala* ECLI:EU:C:1998:217.

myndigheter avsto søknaden, med den begrunnelse at hun ikke kunne fremvise et bestemt dokument som bekreftet at hun hadde oppholdstillatelse i landet. Martínez Sala hadde søkt om og fått fornyet oppholdstillatelsen sin ved flere anledninger tidligere, og hadde forskjellige dokumenter som beviste dette. Hun hadde også mottatt en rekke sosialstønader opp gjennom årene, og aldri blitt bedt om å forlate landet av tyske myndigheter. Hadde hun vært klassifisert som arbeidstaker i EU-rettslig forstand hadde retten til likebehandling i tilgangen til barnetrygdeytelsen vært sikret i kraft av arbeidstakerforordningens art. 7, men det var lite som tydet på at hun var økonomisk aktiv når hun søkte ytelsen.³⁶ Spørsmålet EU-domstolen dermed stod overfor var om en ikke-økonomisk aktiv person kunne ha en slik rett i kraft av det som er dagens art. 18 og 21(1) TFEU.

EU-domstolen startet med å fastslå at Martínez Sala var dekket av borgerskapsreglenes personkrets som spansk statsborger, og at hun følgelig nøt retten etter art. 20(2) TFEU til å ikke bli forskjellsbehandlet på grunnlag av nasjonalitet etter art. 18 TFEU. Ettersom tyske statsborgere som søkte ytelsen ikke trengte å fremskaffe den etterspurte dokumentasjonen som bekreftet oppholdsrett i landet, kom EU-domstolen til at den tyske loven var direkte diskriminerende på grunnlag av nasjonalitet.³⁷ Etter *Martínez Sala* ble det altså klart at EU-borgere kan påberope seg ikke-diskrimineringsprinsippet i dagens art. 18 TFEU, og dermed kreve likbehandling, i alle situasjoner som anses å falle innenfor EU-rettens materielle virkeområde.³⁸ EU-domstolen bekreftet også kort tid senere at det som er dagens Art. 20 TFEU også gjelder i forhold til ikke-diskriminerende handlinger og tiltak som hindrer eller gjør utøvelse av retten til fri bevegelighet vanskeligere eller mindre attraktivt (restriksjonsbegrepet).³⁹

EU-borgerskapsreglene har dermed tvilløst styrket adgangen til trygd og sosialstønader for ikke-økonomisk aktive personer under opphold i andre medlemsstater på like vilkår som vertstatens egne borgere, i kraft av ikke-diskrimineringsprinsippet nedfelt i Art. 18 TFEU. Men spørsmålet om hva som kan sies å ligge innenfor EU-rettens materielle virkeområde, og dermed utløse ikke-diskrimineringsprinsippet, er imidlertid ikke alltid så lett å svare på. Som vi allerede har sett i lys av påvirkningen de har hatt på nasjonale borgerskapsregler i medlemsstatene, kan EU-borgerskapsreglene nemlig også gjelde i enkelte situasjoner som i utgangspunktet ser ut til å falle (eller som EU-domstolen tidligere uttrykkelig har sagt faller) utenfor EU-rettens materielle virkeområde.⁴⁰ Et annet tidlig eksempel her, som også gjaldt noe helt annet enn trygd, fremgår av EU-domstolens avgjørelse i *García-Avello*.⁴¹ Saken gjaldt offentlig registrering av etternavn. Et spansk-belgisk ektepar fikk etternavnene til sine to barn, som hadde dobbelt (spansk og belgisk) statsborgerskap, registrert etter spansk tradisjon (en kombinasjon av både mor og fars etternavn) ved den spanske ambassaden i Belgia. Ettersom barna var født i Belgia, hadde belgiske myndigheter likevel valgt å registrere barna i sine egne registre med kun én av foreldrenes etternavn, i tråd med belgiske lovkrav. Før introduksjonen av EU-borgerskapskonseptet ville nok en slik sak mest sannsynlig

³⁶ Forordning 1612/68 OJ L 257/2 19.10.1968.

³⁷ Og følgelig mye vanskeligere å rettferdiggjøre for tyske myndigheter. Dersom regelen hadde vært indirekte diskriminerende (d.v.s. utgjort en skjult eller systemisk forskjellsbehandling ved oppstilling av krav som rent faktisk enklere kan oppfylles av medlemsstatens egne borgere enn personer fra andre EU/EØS-stater), eller utgjort en ikke-diskriminerende hindring (også omtalt som restriksjoner i juridisk teori), kunne Tyskland påberopt seg av en mye lengre liste av domstolskaptet tvingende allmenne hensyn i sitt forsøk på å legitimere EU-rechtsbruddet.

³⁸ Bekreftet i bl.a. C-224/98 *D'Hoop* ECLI:EU:C:2002:432.

³⁹ C-224/02 *Pusa* ECLI:EU:C:2004:273, avsnitt 20; C-406/04 *De Cuyper* ECLI:EU:C:2006:491.

⁴⁰ Se f.eks. S. O'Leary, "Developing an Ever Closer Union between the Peoples of Europe? A Reappraisal of the Case law of the Court of Justice on the Free Movement of Persons and EU Citizenship" (2008) 27 *Yearbook of European law* 167, s. 179 flg.

⁴¹ C-148/02 *García-Avello* ECLI:EU:C:2003:539.

UTARBEIDET FOR UTVALGET SATT NED 6. MAI 2022 FOR Å UTREDE ERAFRINGENE MED EØS-AVTALEN OG ANDRE RELEVANTE AVTALER MED EU DE SISTE TI ÅR – VENNLIGST IKKE SITÉR UTEN TILLATELSE

vært regnet som utenfor EU-rettens materielle virkeområde.⁴² EU-domstolen kom likevel her til at saken måtte anses å falle inn under EU-rettens virkeområde i kraft av barnas dobbelte statsborgerskap (med andre ord slik at det forelå et kvalifiserende grenseoverskridende element), og fordi de belgiske reglene i prinsippet kunne legge hindringer i veien for dem ved en eventuell fremtidig (og dermed rent hypotetisk) retur til Spania senere i livet. Ikke-diskrimineringsprinsippet i dagens art. 18 TFEU følgelig til anvendelse, til fortrensel for de belgiske reglene i saken.

Et annet eksempel som følger samme linje, denne gangen fra trygdeområdet, er *Tas-Hagen*.⁴³ Saken gjaldt spørsmålet om eksport av en nederlandsk pensjon for sivile krigsofre. Slike ytelser var eksplisitt unntatt fra den dagjeldende trygdeforordningens virkeområde.⁴⁴ EU-domstolen hadde også tidligere i *Even* og *Baldinger*,⁴⁵ to saker som gjaldt anvendelse av bestemmelser om arbeidstakeres rett til fri bevegelse, kommet til at slike ytelser falt utenfor EU-rettens anvendelsesområde, og at ikke-diskrimineringsprinsippet i arbeidstakerforordningens art. 7(2) følgelig ikke kunne gjøres gjeldende.⁴⁶ I en *volte-face* fra begge disse avgjørelsene, og til tross for ordlyden i trygdeforordningen, kom EU-domstolen i *Tas Hagen* til at den nederlandske eksportbegrensningen måtte undergis en vurdering i lys av EU-borgerskapsreglene i traktatene. Ifølge Spaventa viser denne saken hvordan traktatfestelse av retten til fri bevegelse og opphold for alle EU-borgere dermed har bidratt til en omfattende utvidelse av traktatenes materielle virkeområde, fordi «as a result, no national rule falls *a priori* outside the scope of the Treaty, since movement is enough to bring the situation within its scope».⁴⁷

Spaventa viser også til *De Cuyper* som eksempel på en sak som ville blitt avgjort annerledes før introduksjonen av EU-borgerskap på traktatsnivå.⁴⁸ Saken gjaldt en arbeidsledig belgisk borger som mottok belgisk arbeidsledighetstrygd mens han var bosatt i Frankrike, i strid med belgiske reglers krav om opphold i Belgia som vilkår for retten til ytelsen. Ingen av reglene som åpnet for eksport av slike ytelser etter den dagjeldende trygdeforordningen så ut til å gjelde i De Cuyper's situasjon.⁴⁹ Før introduksjonen av EU-borgerskapsreglene hadde dette trolig vært nok i seg selv til å konkludere med at situasjonen dermed falt utenfor EU-rettens anvendelsesområde, med det resultat at det belgiske oppholdskravet ble ansett som EU-konformt. EU-domstolen foretok likevel en supplerende vurdering av oppholdskravet i lys av borgerskapsreglene i EU-traktatene, og kom til at den nasjonale regelen

⁴² Sml. med C-168/91 *Konstantinidis* ECLI:EU:C:1993:115, der EU-domstolen kom til at regler om registrering av etternavn måtte ha en kobling til økonomisk aktivitet (her etableringsretten) for å kunne anses å falle inn under EU-rettens materielle virkeområde.

⁴³ C-192/05 *Tas-Hagen* ECLI:EU:C:2006:676

⁴⁴ Art. 3(5) i forordning 1408/71 OJ L 149/2 05.07.1971.

⁴⁵ C-207/78 *Even* ECLI:EU:C:1979:144; C-386/02 *Baldinger* ECLI:EU:C:2004:535. Det er verdt å merke seg at sistnevnte ble avgjort etter introduksjonen av EU-borgerskapskonseptet, noe som vitner igjen til en viss modning over tid ved EU-domstolen om borgerskapsreglenes mulige påvirkning på EU-rettsutviklingen.

⁴⁶ Forordning 1612/68 OJ L 257/2 19.10.1968.

⁴⁷ E. Spaventa, "Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union Citizenship and its constitutional effects" (2008) 45 *Common Market Law Review* 13. Spaventas noe radikale spådom bør nok likevel også leses i lys av f.eks. C-103/08 *Gottwald* ECLI:EU:C:2009:597. Denne saken gjaldt også en sosialfordel (gratis årsvignette for motorkjøretøy, utstedt til funksjonshemmede bosatt i Østerrike) som ble ansett å falle utenfor EU-rettens materielle virkeområde, og der EU-domstolen kom til at forskjellsbehandlingen uansett kunne rettfærdiggjøres og var proporsjonal, blant annet fordi «with regard to benefits that are not covered by Community law, such as that at issue in the main proceedings, Member States enjoy a wide margin of appreciation in deciding which criteria are to be used when assessing the degree of connection to society». Det er følgelig vanskelig å si med sikkerhet – i hvert fall på generelt grunnlag – hvor grensene for utvidelsen av EU-rettens materielle virkeområde i kraft av EU-borgerskapsreglene faktisk går.

⁴⁸ C-406/04 *De Cuyper* ECLI:EU:C:2006:491.

⁴⁹ Art. 69 og 71(1) i forordning 1408/71 OJ L 149/2 05.07.1971.

forhindret hans rett til å bevege seg fritt og oppholde seg i Frankrike, men kunne rettferdiggjøres og sannsynligvis også anses proporsjonal.

Det kan nok være flere grunner til at EU-domstolen valgte å foreta en slik supplerende vurdering av traktatreglene om EU-borgerskap i en situasjon som i utgangspunktet så ut til å ligge klart utenfor EU-rettens konkrete anvendelsesområde. Spaventa synes å mene at det er legitimt å foreta supplerende vurderinger i slike situasjoner fordi retten til opphold i annen EU-stat i seg selv trekkes ut av det som er dagens art. 21 TFEU, og at ethvert vilkår som ilegges denne i EU-sekundærlovgivningen (borgerskapsdirektivet, trygdeforordningen m.m.) dermed må tolkes i lys av de generelle EU-rettslige prinsippene, inkludert proporsjonalitetsprinsippet og grunnleggende menneskerettigheter: «As a result, even when the Union citizen fails to satisfy the black letter requirements of Directive 2004/38, she might still gain a right of residence directly from Article [21 TFEU]».⁵⁰ Dette kan nok fint forklare hvorfor unntak og vilkår oppstilt i sekundærlovgivningen i utgangspunktet skal tolkes innskrenkende, men etter min mening er det nok mer nærliggende å anta at det var to andre, helt konkrete motivasjonsfaktorer som lå bak avgjørelsen om å foreta en supplerende vurdering i *De Cuyper*. For det første, at sekundærlovgivningen som gjaldt på tidspunktet for avgjørelsen (oppholdsdirektivet), som stilte krav til tilstrekkelige midler under opphold i annen EØS-stat for arbeidsledige (ikke-økonomisk aktive) personer som De Cuyper, ellers ville gjøre det helt umulig for han å utøve sin grunnleggende rett til fri bevegelighet (les: bosette seg i Frankrike).⁵¹ Dersom borgerskapsdirektivet – som på daværende tidspunkt var vedtatt, men ennå ikke trådt i kraft – hadde gjort seg gjeldende, så ville De Cuyper fortsatt vært ansett som en arbeidstaker, til tross for at han ikke lengre var i arbeid.⁵² Kravet om tilstrekkelige midler hadde dermed bortfalt i hans situasjon. Han ville med andre ord hatt sin rett til å bo og oppholde seg i Frankrike trygt i behold, til tross for at han ikke fikk ta med seg arbeidsledighetstrygden på reisen. Den andre motiverende faktoren bak EU-domstolens avgjørelse synes ellers for min del å være knyttet til endringer i trygdeforordningen som var vedtatt, men som ikke gjaldt for faktum i saken, som hadde ført til at den belgiske trygdeytelsen mest sannsynlig hadde blitt kategorisert som en annen (og eksporterbar) ytelse enn arbeidsledighetstrygd.⁵³ At EU-domstolen derfor anså det som nødvendig å ty til en supplerende vurdering i lys av borgerskapsreglene i *De Cuyper* kan nok derfor like gjerne forstås som et forsøk på å hensynta (kontekstuelle) endringer i sekundærlovgivningen som var på vei, og som mest sannsynlig ville ha ført til et annet utfall i De Cuypers situasjon.

Uavhengig av grunnene som lå bak, som man uansett bare kan spekulere i: At det ble foretatt en slik supplerende vurdering i en sak som *De Cuyper*, som dermed åpnet for en grunnleggende forholdsmessighetsvurdering i en situasjon som i utgangspunktet så ut til å falle klart utenfor EU-rettens materielle virkeområde, var i seg selv en øvelse som knapt nok var tenkelig før introduksjonen av EU-borgerskapskonseptet.⁵⁴ Videre tjener *De Cuyper* som et av flere eksempler på saker som

⁵⁰ Spaventa (fn. 47), s. 26.

⁵¹ Direktiv 90/364 OJ L 180/26 13.07.1990.

⁵² Art. 7(3)(b), jfr. 7(1)(a) i direktiv 2004/38 OJ L 158/77 30.04.2004.

⁵³ Forordning 883/2004 OJ L 166/1 30.04.2004 innførte en ny kategori av trygdeytelser som skulle gjøres gjenstand for koordinering på EU-nivå, nemlig såkalte førtidspensjonsytelser («pre-retirement benefits»). Saksforløpet predaterte imidlertid forordningens ikrafttredelse, slik at forordningen ikke kom til anvendelse i saken. Men det er ikke usannsynlig at EU-domstolen lot seg påvirke av endringene som var på vei (og som faktisk var vedtatt og hadde trådt i kraft) her. Det er heller ikke usannsynlig at den belgiske ytelsen hadde blitt klassifisert som en førtidspensjonsytelse – vilkårene synes i hvert fall å ha vært oppfylt. Og slike ytelser er, i motsetning til arbeidsledighetstrygd, i utgangspunktet fullt eksporterbare etter hovedregelen i forordningens art. 7.

⁵⁴ Generelt om hvordan EU-borgerskap har påvirket rettigheter etter trygdeforordningen, se f.eks. R. Cornelissen, “50 Years of European Social Security Coordination” (2009) 11 *European Journal of Social Security* 9, s. 35 flg; og

bekrefter at borgerskapskonseptet kan gi opphav til rettigheter som private kan bruke ikke bare overfor myndighetene i andre EU-stater som de reiser til (vertsstater), men også mot offentlige myndigheter i sine hjemland.⁵⁵

2.4 Likebehandling uten grenser? EU-domstolens (økt) fokus på begrensninger og vilkår over tid

Gjennomgangen så langt kunne kanskje gi inntrykk av en grenseløs rettsutvikling i regi av borgerskapsreglene. EU-borgeres rett til likebehandling i adgangen til trygde- og sosialstønader på lik linje med vertsstatens egne borgere er imidlertid ikke ubegrenset. EU-domstolen har over tid vist seg noe mer sensitiv til medlemsstatenes (mer eller mindre velbegrunnede) frykt for trygdeturisme, og forsøkt å finne en noe mer balansert tilnærming til forholdet mellom retten til fri bevegelse på den ene siden, og medlemsstatenes interesse i å unngå at EU-innvandrere skal bli en urimelig byrde på deres velferdssystemer på den andre.

I enkelte situasjoner tillater følgelig EU-domstolen at medlemsstatene stiller som vilkår for likebehandling at EU-borgeren kan vise en reell eller tilstrekkelig tilknytning («real/sufficient link») til vertsstatens arbeidsmarked, eller kan anses tilstrekkelig integrert i vertsstaten. Integrasjonskravet har blitt brukt i saker som gjelder krav om likebehandling i tilgangen til sosialstønader m.v. for arbeidssøkende,⁵⁶ studenter,⁵⁷ og i enkelte situasjoner som omhandler ikke-økonomisk aktive personer.⁵⁸ O’Leary påpeker her (med en viss skepsis og bekymring) hvordan det kan ha skjedd en slags kryssfertilisering fra borgerskapsreglene til de andre reglene om fri bevegelse for personer, ved at kravet om en genuin eller reell tilknytning til vertsstaten gjøres gjeldende også for tilgangen til sosiale fordeler i saker som gjelder arbeidstakere.⁵⁹ Historisk sett var nok en slik tilknytning til vertsstaten ansett tilstrekkelig bevist i kraft av den økonomiske aktiviteten man utførte som arbeidstaker. Men det er unektelig interessant og verdt å merke seg at påvirkningen virker begge veier her: Det er ikke bare utviklingen av «markedsborgeren» i kraft av retten til fri bevegelse for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere/-mottakere som har påvirket og satt en mal for EU-domstolens tilnærming til tolkningen og anvendelsen av borgerskapsreglene. Rettsutviklingen av borgerskapsreglene kan også påvirke forståelsen av de øvrige reglene om fri bevegelse – og ikke nødvendigvis til fordel for, men potensielt begrensende for økonomisk aktive personers rett til fri bevegelse.

Y. Jorens & P. Van Overmeiren, “General Principles of Coordination in Regulation 883/2004” (2009) 11 *European Journal of Social Security* 47, s. 52 flg.

⁵⁵ Selv om begrensninger som hjemstaten pålegger egne borgere i utøvelsen av deres rett til fri bevegelse naturligvis fint kan falle inn under restriksjonsbegrepet, mener Wollenschlager at EU-domstolen like gjerne kan forstås som å ha operert med et utvidet diskrimineringsbegrep i saker som *De Cuyper*: Individene opplever her ikke diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, men «the differential treatment is based on having, or not having, exercised the general right of free movement». F. Wollenschlager, “A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration” (2011) 17 *European Law Journal* 1, s. 26. Betydningen av forskjellsbehandling på annet grunnlag enn nasjonalitet hører nok likevel e.m.m. bedre hjemme som ledd i en eventuell proporsjonalitetsvurdering, og som regel da tilknyttet spørsmålet om egnethet og den nasjonale regelens/praksisens konsistens.

⁵⁶ Se f.eks. C-224/98 *D’Hoop* ECLI:EU:C:2002:432; og C-138/02 *Collins*, ECLI:EU:C:2004:172.

⁵⁷ Se f.eks. C-158/07 *Förster* ECLI:EU:C:2008:630, der EU-domstolen kom til at likebehandling i adgangen til studentstipendordninger kan gjøres gjenstand for vilkår om «a certain degree of integration» (avsnitt 49).

⁵⁸ Se f.eks. C-209/03 *Bidar* ECLI:EU:C:2005:169.

⁵⁹ S. O’Leary (fn. 40) s. 183 flg, med videre henvisning til saker som bl.a. C-212/05 *Hartmann* ECLI:EU:C:2007:437, og 213/05 *Geven* ECLI:EU:C:2007:438. Av samme mening, se D. Thym (fn. 11), s. 44-45.

At EU-domstolen godtar visse integrasjonskrav i sitt forsøk på å balansere mellom retten til fri bevegelse den ene siden, og medlemsstatenes bekymringer om at ikke-økonomisk aktive personer skal bli en urimelig byrde for deres nasjonale velferdsordninger på den andre, er imidlertid ikke så overraskende. Det er i det hele snakk om å forsøke å finne en rimelig balanse her.⁶⁰ Selv om traktabestemmelsene tar den grunnleggende retten til fri bevegelse som sitt klare utgangspunkt, gjøres også eksplisitt henvisning til begrensningene og vilkår som kan ilegges denne etter sekundærlovgivningen. Den institusjonelle maktbalansen, og respekt for EU-lovgiveren, må naturligvis også tas hensyn til. Og innstramminger er heller ikke uvanlig etter en periode med ekspansive, rettskapende tolkninger i EU-domstolen.

Det økte fokuset på begrensningene startet imidlertid ikke for alvor før etter avgjørelsen i *Brey*, der EU-domstolen fremhevet koblingen mellom retten til ulike typer trygde- og sosialstønader og kravene i borgerskapsdirektivets art. 7(1)(b) til tilstrekkelige midler under opphold i annen EU-stat som varer i mer enn tre måneder.⁶¹ *Brey* og hans kone var tyske statsborgere som flyttet til Østerrike når de pensjonerte seg. De fikk avslag på en såkalt «compensatory supplement» (utligningstillegg) fra østerrikske myndigheter, som mente at de ved å søke om tillegget dermed hadde (be)vist at de ikke hadde tilstrekkelige midler for sitt opphold i landet, og følgelig ikke grunnlag for videre opphold etter borgerskapsdirektivets bestemmelser. EU-domstolen uttalte her at EU-retten i utgangspunktet ikke er til hinder for at medlemsstatene kan sette vilkår om lovlig opphold for utbetaling av sosialstønader til ikke-økonomisk aktive EU-borgere. Men slike vilkår måtte imidlertid være proporsjonale, noe som innebar en samlet vurdering av den enkeltes situasjon – inkludert oppholdets varighet, personlige forhold, om de økonomiske utfordringene var av midlertidig eller mer vedvarende karakter, størrelsen på ytelsen m.m. Ettersom den østerrikske lovgivningen førte til at en person som ikke hadde tilstrekkelige midler til eget opphold automatisk fikk avslag på sin søknad om utligningstillegget, kom EU-domstolen til at den nasjonale lovgivningen måtte anses EU-stridig. Som forklart av Barnard, «while the Court still repeats the ‘fundamental status’ mantra from (...) *Grzelczyk*, it is paying much more attention to the conditions laid down in the directive, with Article 21 TFEU used less – but not removed altogether – to soften the edges of those requirements».⁶²

Betydningen av borgerskapsdirektivets vilkår og begrensninger ble gjort enda tydeligere bare noen måneder senere, i EU-domstolens avgjørelse i *Dano*.⁶³ I en tilsynelatende retrett fra tilnærmingen i *Martínez Sala*, gjorde EU-domstolen det her klart at det ikke var nok at man oppholdt seg lovlig etter vertstatens nasjonale rett for å ha rett til likebehandling i adgangen til sosialstønader på lik linje med vertstatens egne borgere på basis av art. 18 og 21 TFEU. Oppholdskravene for ikke-økonomisk aktive personer etter borgerskapsdirektivet – inkludert vilkåret om tilstrekkelige midler for opphold av lengre enn tre måneders varighet – måtte også være oppfylt. *Dano* var en rumensk statsborger som hadde (i hvert fall ikke u)lovlig opphold i Tyskland etter tysk nasjonal rett, og som mottok visse tyske stønader. Hun fikk imidlertid avslag på søknad om en ytelse som var klassifisert som en såkalt «special

⁶⁰ Tilsynelatende enig i at balanse må være nøkkelen, se f.eks. D. Thym (fn. 11). Hva som skal til for å utgjøre en «urimelig byrde» er imidlertid noe uklart. Som påpekt av Thym, har EU-domstolen to litt forskjellige tilnærminger til kravet i praksis: en systemisk tilnærming i enkelte saker, der fokuset rettes mot implikasjonene for vertstatens velferdssystem *in concreto*; og en individuell tilnærming i andre saker, som fokuserer på individets situasjon alene. Utfallet vil ifølge Thym også kunne variere avhengig av hvilken tilnærming som inntas i den enkelte sak.

⁶¹ C-140/12 *Brey* ECLI:EU:C:2013:565.

⁶² C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms* (Oxford University Press, 7. utgave, 2022) 326. EU-domstolens uttalelse i C-184/99 *Grzelczyk* ECLI:EU:C:2001:458, som er gjentatt ordrett i nesten alle saker som rører ved EU-borgerskapsrettigheter, er at «Union Citizenship is destined to be a fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to exceptions as are expressly provided for» (avsnitt 31).

⁶³ C-333/13 *Dano* ECLI:EU:C:2014:2358.

non-contributory cash benefit» etter forordning 883/2004, og spørsmålet var om dette var EU-rettsstridig. EU-domstolen kom til at for å kunne påberope seg av retten til likebehandling etter art. 18 TFEU (og/eller i sitt mer spesifiserte uttrykk i borgerskapsdirektivets art. 24) måtte Dano også oppfylle oppholdskravene etter borgerskapsdirektivets art. 7(1)(b) – altså tilstrekkelige midler og omfattende helseforsikring. Ettersom hun ikke oppfylte disse kravene, kom EU-domstolen til at medlemsstatene hadde rett til å forskjellsbehandle i situasjoner der individet kun har reist til vertsstaten for å søke om sosialstønader og ikke har tilstrekkelige midler for å gjøre krav på opphold utover tre måneder.⁶⁴

Til tross for en del kritikk i litteraturen,⁶⁵ har EU-domstolen bekreftet (og til en viss grad videreutviklet og styrket) tilnærmingen i *Dano* i flere senere avgjørelser. I motsetning til det som fremgikk av avgjørelsen i *Brey*, kom EU-domstolen i *Alimanovic* og *García-Nieto* til at det i vurderingen av om en person kunne anses å utgjøre en urimelig byrde på vertsstatens velferdssystemer ikke var nødvendig med en individuell vurdering av vedkommendes situasjon.⁶⁶ Domstolen begrunnet dette i at borgerskapsdirektivet allerede tok hensyn til en rekke slike individuelle faktorer i sine bestemmelser.⁶⁷ Proporsjonalitetsvurderingen ble dermed også lempet til en viss grad i slike saker, til fordel for medlemsstatene som forsøkte å rettfærdiggjøre sine restriktive handlinger.⁶⁸

2.5 Barn – Omvendt diskriminering (eller rent interne situasjoner) og avledete rettigheter for familiemedlemmer

I likhet med personer som ikke var regnet som økonomisk aktive har også barn som er EU-borgere nå rettigheter de ikke hadde tidligere. Før introduksjonen av EU-borgerskapet hadde barn kun visse avledete rettigheter når deres foreldre (eller den/de med foreldremyndighet) utøvde sin rett til fri

⁶⁴ I C-480/08 *Teixeira* ECLI:EU:C:2010:83 kom EU-domstolen imidlertid til at kravene i borgerskapsdirektivet om tilstrekkelige midler under opphold i annen EU-stat ikke trenger å oppfylles der oppholdet grunner seg i arbeidstakerforordningens art. 12 (som hjemler rett til opphold for barn under utdanning, og en avledet rett til opphold for deres foreldre eller den/de med foreldrerett under hele utdanningsløpet).

⁶⁵ Se f.eks. N. Nic Shuibne, "Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship" (2015) 52 *Common Market Law Review* 889, som påpeker hvordan avgjørelsen, ved å bygge direkte på borgerskapsdirektivets art. 24, gjør at begrensningene og vilkårene i sekundærlovgivningen ikke lengre kan anses kun å ha en dempende effekt på retten til likebehandling, men utgjør nå selve retten til likebehandling. D. Thym (fn. 11) synes å ha en mer balansert tilnærming på det hele, men legger heller ikke skjul på hvordan EU-domstolen ved å rette fokus mer på medlemsstatenes interesse i å unngå at private blir en urimelig byrde på vertsstatens velferdssystemer fremfor å styrke og tilrettelegge for retten til fri bevegelighet, «effectively reversed the objective of Directive 2004/38» (s. 25).

⁶⁶ C-67/14 *Alimanovic* ECLI:EU:C:2015:597 (avsnitt 59 flg); C-299/14 *García-Nieto* ECLI:EU:C:2016:114. I *Brey* understreket EU-domstolen at hvert enkelt individs personlige økonomiske situasjon måtte vurderes og oppveies før en beslutning kunne treffes om vedkommende hadde tilstrekkelige midler eller ikke for sitt opphold. Dette ble riktignok gjentatt i *Dano*, men med unntak for situasjoner der individet har reist til annen EU-stat med eneste mål for øyet om å søke sosialstønader der – i slike tilfeller bortfaller kravet til en forholdsmessighetsvurdering.

⁶⁷ For en god og oversiktlig analyse av alle disse sakene, se S. Barbou des Places, "Progression and Retrogression of the ECJ case law on access to social benefits", i D. Kostakopoulou & D. Thym (red.) *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy – Navigating Challenges and Crises* (Edward Elgar, 2022) 249.

⁶⁸ Det samme synes å fremgå av avgjørelsen i *De Cuyper*. Se også C-213/05 *Geven* ECLI:EU:C:2007:438 (avsnitt 29), der proporsjonalitetsvurderingen brygget ned til et spørsmål om medlemsstaten kunne «reasonably consider» at handlingen var egnet og nødvendig for å oppnå det anførte legitime hensynet som lå bak. En mulig forklaring til EU-domstolens noe vilkårlige tilnærming til prøvingsintensiteten ved forholdsmessighetsvurderingene i disse type sakene gis av Spaventa, som forstår EU-domstolen slik at den krever en mer intensiv forholdsmessighetsvurdering i situasjoner som gjelder handlingene til en vertsstat, enn der det er hjemstaten som legger faktiske eller potensielle hindringer i veien for utøvelse av retten til fri bevegelighet (fn. 47, s. 40).

bevegelse, en selvstendig rett til fri bevegelse og opphold som turister etter tjenestefriheten, i tillegg til en rett til opphold under utdanning i annen EU-stat etter arbeidstakerforordningen art. 12. En selvstendig, alminnelig rett til fri bevegelse og opphold eksisterer imidlertid i dag for alle EU-borgere, uavhengig av alder og økonomisk aktivitet, i kraft av art. 20 og 21 TFEU.

Men barn utøver sjeldent denne retten alene, og oftest sammen med sin familie. Noe som igjen har reist spørsmål om det er mulig, og hvem som i så fall eventuelt kan avlede rettigheter fra et barns EU-borgerstatus? For familiemedlemmer som selv er EU-borgere er dette selvsagt uproblematisk. Et spørsmål som imidlertid har blitt reist for EU-domstolen ved flere anledninger er om familiemedlemmer som er tredjelandsborgere kan avlede rett til fri bevegelse og/eller opphold i kraft av et barns EU-borgerskap? Og videre i tilknytning til dette, om hvor langt retten til likebehandling etter art. 18 og 21 TFEU egentlig strekker seg: Ettersom alle EU-borgere har en alminnelig rett til fri bevegelse og opphold, kan de gjøre krav mot sine egne hjemstater uten å ha utøvd retten til fri bevegelse rent fysisk?

Borgerskapsreglene har blitt brukt i denne sammenheng til å utfordre nasjonale regler og praksis som fører til såkalt reversert diskriminering,⁶⁹ og det alminnelige (EU-)kravet om at det må foreligge en grenseoverskridende situasjon for at EU-regler om fri bevegelse skal kunne komme til anvendelse i det hele tatt. EU-domstolen hadde lenge og konsekvent fastholdt at rent interne situasjoner («wholly domestic situations»; «situations which are wholly internal to a Member State» «cases which have no factor linking them with any of the situations governed by Community/Union law»), der alle sakens forhold begrenser seg til én stat alene, i utgangspunktet og som klar hovedregel faller utenfor reglene om fri bevegelse.⁷⁰ Tidlige avgjørelser etter introduksjonen av EU-borgerskapet viste heller ingen tegn til endring på dette punktet.⁷¹ Men EU-domstolen ble kritisert for sin tilbakeholdenhet – både innenfra,⁷² og utenfra.⁷³ Særlig gitt at enkelte av borgerskapsrettighetene introdusert ved Maastricht-traktaten (som f.eks. retten til konsulær bistand av andre medlemsstater, omtalt senere i punkt 2.7) heller ikke krevde noe grenseoverskridende element. Borgerskapsreglene hadde også tvilløst bidratt

⁶⁹ Reversert diskriminering oppstår der hjemstatens egne borgere/selskap opplever forskjells- eller mindre gunstig behandling enn EU-borgere/selskap som har benyttet seg av retten til fri bevegelse og etablert seg i landet. Dette er imidlertid ansett som uproblematisk rent EU-(og EØS-)rettslig sett, da medlemsstatene naturligvis står fritt til å endre sine egne regler og/eller praksis for å gi sine egne borgere/selskap de samme rettighetene som migrerende EU-borgere/selskap får ved utøvelsen av deres rett til fri bevegelse.

⁷⁰ Se f.eks. Sak 175/78 *Saunders* ECLI:EU:C:1979:88, avsnitt 11; Sak 35 & 36/82 *Morson and Jhanjan* ECLI:EU:C:1982:368, avsnitt 16-17; Sak 180/83 *Moser* ECLI:EU:C:1984:233, avsnitt 17-20.

⁷¹ C-299/95 *Kremzow* ECLI:EU:C:1997:254, avsnitt 16: “a purely hypothetical prospect of exercising that right does not establish a sufficient connection with Community law to justify the application of Community provisions”. Videre i C-64 & 65 *Uecker* ECLI:EU:C:1997:285, avsnitt 23: «citizenship of the Union (...) is not intended to extend the scope *ratione materiae* of the Treaty also to internal situations which have no link with Community law”.

⁷² En rekke generaladvokater har rådet EU-domstolen til å endre sin holdning, se f.eks. Generaladvokat Sharpstons rådgivende uttalelse i C-212/06 *Walloon Government* ECLI:EU:C:2007:398, avsnitt 112 flg.

⁷³ Se f.eks. Spaventa (fn. 47), som under henvisning til EU-domstolens uttalelse i *Grzelczyk* mener at dersom EU-borgerskap virkelig skal kunne anses som skjebnebestemt til å bli medlemsstatsborgernes «fundamental status, enabling those who find themselves in comparable situations to be treated equally, its effects cannot be made conditional upon migration, anymore than they can be made conditional upon economic circumstances” (s. 31). *De lege ferenda* har hun kanskje et poeng. Men *de lege lata* kan nok EU-domstolens noe svulstige utsagn i *Grzelczyk* etter min mening like gjerne (og kanskje bedre) forstås ikke bare som en målsetting i seg selv, men også ganske enkelt som uttrykk for at EU-borgerskapskonseptet i dag ikke kan anses som utledet av de øvrige indremarkedsfrihetene. Alle fri bevegelsesrettigheter må anses utledet av, og dermed som spesifikke uttrykk for, den alminnelige retten som følger av EU-borgerskapet. Et poeng EU-domstolen etter hvert også har fastslått i sin rettspraksis, se f.eks. C-457/12 *S. and G.* ECLI:EU:C:2014:136, avsnitt 45.

til å senke terskelen for hva som kunne sies å utgjøre en grenseoverskridende situasjon allerede – selv den tynneste koblingen så ut til å være nok.⁷⁴

EU-domstolen endret derfor kurs (i hvert fall til en viss grad) etter hvert. Sentralt i *Zambrano* stod spørsmålet om de kolombianske foreldrene til to barn som hadde belgisk (og følgelig EU-)borgerskap kunne ha en avledet rett til opphold etter EU-borgerskapsreglene, til tross for at familien var bosatt i Belgia og aldri hadde reist ut til en annen EU-stat.⁷⁵ Saken fremstod i utgangspunktet som et relativt klart eksempel på en ren intern situasjon, og følgelig utenfor EU-rettens virkeområde. EU-domstolen kom imidlertid til at nektelse av opphold for foreldrene ville føre til en situasjon der to EU-borgere (barna) måtte forlate EU-området, med det resultat at de hadde vært «unable to exercise the substance of the rights conferred on them by virtue of their status as EU citizens».⁷⁶

Med ett pennestrøk så EU-domstolen dermed ut til å gjøre helt unna med kravet til et grenseoverskridende element som grunnleggende forutsetning for at EU-retten skulle komme til anvendelse. *Zambrano*-sakens potensielle rekkevidde har imidlertid blitt tonet ned i senere avgjørelser. *McCarthy* gjaldt for eksempel en britisk statsborger (som også hadde irsk statsborgerskap) som hverken var arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende, som hadde bodd hele livet sitt i Storbritannia uten å utøve sin rett til fri bevegelighet til en annen EU-stat.⁷⁷ Spørsmålet var om hennes jamaikanske mann hadde en avledet rett til opphold i Storbritannia i kraft av hennes EU-borgerskap. EU-domstolen kom til at dette, i motsetning til situasjonen i *Zambrano*, utgjorde en ren intern situasjon, uten noe grenseoverskridende element. Nektelse av opphold for mannen hennes ville nemlig ikke føre til at McCarthy måtte forlate EU-området som sådan, eller medføre store ulemper med tanke på utøvelse av hennes rett til fri bevegelighet i fremtiden.⁷⁸ Videre i *Dereci*, der EU-domstolen presiserte at situasjoner der en EU-borger må forlate én EU-medlemstat til fordel for en annen EU-medlemstat ikke kunne anses i strid med EU-borgerskapsreglene – *Zambrano* gjaldt med andre ord kun der individet ville bli presset til å forlate hele EU-området som sådan.⁷⁹ *Zambrano* kan nok likevel ikke anses omgjort – det finnes nemlig også avgjørelser som bekrefter den uskrevne, EU-borgerskapsinspirerte reglen som ble etablert i saken.⁸⁰

2.6 Studenter og arbeidssøkende

Introduksjonen av EU-borgerskap, og løsrivelsen fra tanken om økonomisk aktivitet som grunnleggende forutsetning for retten til fri bevegelighet og likebehandling, styrket ikke bare rettsstillingen til persongrupper som tidligere falt utenfor eller som kun hadde begrensede rettigheter etter EU-reglene. EU-borgerskapet har også tydelig styrket retten til fri bevegelighet og opphold for en rekke allerede eksisterende kategorier av beskyttede personer, ved å løfte deres rettigheter opp på traktatnivå fra EU-sekundærlovgivningen de tidligere var hjemlet i. Både studenter og arbeidssøkende

⁷⁴ Kravet anses eksempelvis oppfylt i de aller fleste situasjoner der EU-borgeren har statsborgerskap i to EU-medlemsstater (C-200/02 *Chen* ECLI:EU:C:2004:639; C-148/02 *Garcia-Avello* ECLI:EU:C:2003:539 – sml. likevel her med avgjørelsen i C-434/09 *McCarthy* ECLI:EU:C:2011:277, nærmere omtalt rett under, der EU-domstolen ikke tok hensyn til EU-borgerens dobbelte statsborgerskap i saken). Kravet anses også oppfylt der individet er statsborger i én EU-medlemsstat men bosatt i en annen EU-medlemsstat, uten å ha utøvd retten til fri bevegelighet (C-86/12 *Alopa* ECLI:EU:C:2013:645).

⁷⁵ C-34/09 *Zambrano* ECLI:EU:C:2011:124.

⁷⁶ Avsnitt 44.

⁷⁷ C-434/09 *McCarthy* ECLI:EU:C:2011:277.

⁷⁸ Avsnitt 50.

⁷⁹ C-256/11 *Dereci* ECLI:EU:C:2011:734. Det finnes en rekke andre saker som bekrefter at EU-domstolen anser *Zambrano* som begrenset til helt eksepsjonelle tilfeller, se f.eks. C-356-357/11 *O and S* ECLI:EU:C:2012:776.

⁸⁰ C-165/14 *Rendon Marin* ECLI:EU:C:2016:675; C-133/15 *Chavez-Vilchez* ECLI:EU:C:2017:354.

er blant de som følgelig har fått styrket sin rettsstilling etter introduksjonen av EU-borgerskapsreglene.

Studenter har alltid befunnet seg i en slags gråsoner med tanke på kategorisering – ikke er de nødvendigvis økonomisk aktive som arbeidstakere/-givere mens de studerer, men de fleste vil nok ha et håp om å bli det etter endt studieløp. De mottar naturligvis også tjenester mens de studerer, og mange reiser ut til andre EU-stater i løpet av studiene – både på utveksling og ferie, eller for å følge fullendte studieprogram i andre land. Studenters rett til likebehandling på lik linje med en vertsstats egne borgere var imidlertid tidligere og lenge begrenset til spørsmål knyttet til registrerings- og studieavgifter – utdanningsstøtte (stipend, lån og andre ordninger) for å dekke leveomkostninger under studietiden, inkludert sosialstønader, ble ansett å falle utenfor.⁸¹ Dette endret seg etter avgjørelsen i *Bidar*.⁸² Under henvisning til EU-borgerskapsreglene i traktatene, samt nye traktatregler om utdanning, kom EU-domstolen til at dens tidligere rettspraksis måtte omgjøres. Rettsstillingen hadde endret seg, og takket være borgerskapsreglene var det følgelig ikke lengre lov til å diskriminere på grunnlag av nasjonalitet ved tildeling av studiestipender.

EU-domstolen understreket videre i *Bidar* at borgerskapsdirektivet – som på domstidspunktet var vedtatt, men ikke trådt i kraft – også støttet opp under avgjørelsen. Dette var imidlertid kontroversielt: Direktivets art. 24(1) legger riktignok til grunn likebehandling som hovedregelen, men gjør videre eksplisitt unntak for utdanningsstøtte i art. 24(2), som kun skal være åpent for utenlandske studenter som har oppnådd permanent oppholdsstatus i vertsstaten (som normalt etter art. 16 vil kreve 5 års sammenhengende opphold).⁸³ For at art. 24(2) ikke skulle bli stående igjen helt uten innhold, presiserte derfor EU-domstolen at vertsstaten hadde adgang til å begrense tilgangen til studentstipender for utenlandske studenter fra andre EU-stater som ikke hadde oppnådd permanent oppholdsstatus, men bare for studenter som ikke hadde oppnådd tilstrekkelig grad av integrasjon i landet.

EU-borgerskapsreglene i traktatene har også vært brukt som brekkstang for å sikre studenter økt grad av likebehandling i tilgangen til ulike nasjonale trygde- og sosialstøtnadsordninger. *Grzelczyk* handlet om en fransk student som studerte i Belgia, som søkte og fikk avslag på en sosialstønad som var forbeholdt studenter av belgisk nasjonalitet.⁸⁴ Studentdirektivets art. 1 (senere erstattet av borgerskapsdirektivet) stilte krav til både tilstrekkelige midler og helseforsikring under opphold i vertsstaten slik at studenter ikke ble en urimelig byrde for vertsstatens velferdssystemer, og gjorde videre klart i art. 3 at stipendordninger kunne forbeholdes vertstatenes egne borgere.⁸⁵ EU-domstolen kom likevel til at retten til likebehandling i tilgangen til sosialstønader ikke kunne utelukkes av den grunn – særlig når stønaden (som her) var omsøkt for å løse kortsiktige eller midlertidige økonomiske utfordringer. Gjennom en meget utvidende og liberal tolkning i lys av EU-borgerskapsreglene i traktatene, kom EU-domstolen til at studentdirektivet «accepts a certain degree of financial solidarity between nationals of a host Member State and nationals of other Member States».⁸⁶

⁸¹ Sak 39/86 *Lair* ECLI:EU:C:1988:322, avsnitt 14-15; Sak 197/86 *Brown* ECLI:EU:C:1988:323, avsnitt 17-18.

⁸² C-209/03 *Bidar* ECLI:EU:C:2005:169.

⁸³ Craig & De Burca omtaler følgelig EU-domstolens avgjørelse i *Bidar* på dette punktet som en «dramatic ruling, which effectively circumvented the restrictive position that Member States had inserted into Article 24(2) of Directive 2004/38». P. Craig & Gráinne de Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials* (Oxford University Press, 7. Utgave, 2020), 915.

⁸⁴ C-184/99 *Grzelczyk* ECLI:EU:C:2001:458.

⁸⁵ Direktiv 93/96 OJ L 317/59 18.12.1993.

⁸⁶ Avsnitt 44.

Arbeidssøkende har også fått styrket sin rettsstilling i kraft av EU-borgerskapet. EU-domstolen hadde tidligere i *Lebon* kommet til at retten til samme «sosiale fordeler» som vertstatens arbeidstakere (typisk sosialhjelp) etter artikkel 7(2) i arbeidstakerforordningen ikke gjaldt for arbeidssøkende, men bare for de som har fått arbeid.⁸⁷ Dette endret seg imidlertid etter *Collins*, der EU-domstolen kom til at det i lys av de nye bestemmelsene om EU-borgerskap nå kunne utledes av art. 45 TFEU om fri bevegelighet for arbeidstakere en rett til likebehandling med hensyn til økonomiske ytelser «intended to facilitate access to employment in the labour market of a Member State».⁸⁸ En borgerskapstolkning av art. 45 TFEU førte altså til en omgjøring av EU-domstolens tidligere rettspraksis. Utfallet i *Collins* stod seg også etter introduksjonen av borgerskapsdirektivet noen år senere, der EU-domstolen tolket begrensningen i art. 24(2) på samme vis: Ytelser som letter arbeidssøkeres adgang til arbeid kunne ikke anses som sosialstønader i direktivets betydning, og falt følgelig utenfor virkeområdet til art. 24(2).⁸⁹

2.7 Politiske rettigheter

Retten til fri bevegelighet og opphold i andre EU-stater må tvilløst kunne regnes som «the centrepiece of the Treaty rights»,⁹⁰ og «the central right of citizenship».⁹¹ Men introduksjonen av EU-borgerskap gav også opphav til en rekke nye politiske rettigheter som har bidratt (i hvertfall til en viss grad) til å styrke EU-borgeres delaktighet i politiske prosesser og etableringen av en EU-*demos* – både på EU-institusjonelt nivå, samt på nasjonalt nivå i medlemsstater man selv ikke er statsborger av.⁹² Ifølge art. 10(3) TEU, som ble innført ved Lisboa-traktaten i 2009, har alle EU-borgere rett til å «participate in the democratic life of the Union», og alle vedtak skal treffes «as openly and as closely as possible to the citizen». Rettighetene som EU-borgerne har i denne forbindelse er videre konkretisert i flere TFEU-bestemmelser.

Ifølge art. 22 TFEU har alle EU-borgere rett til å stille til og stemmerett ved lokale valg og valg til EU-parlamentet, også i andre EU-medlemsstater der de har opphold. Med dette sørget traktatforfatterne for å etablere visse politiske rettigheter løsrevet fra nasjonalitet, og basert i stedet på hvor EU-borgeren oppholder seg.⁹³ EU-domstolen har videre slått fast at stemmeretten ved valg til EU-parlamentet følger EU-borgerne personlig, og gjelder direkte for alle EU-borgere – selv om de

⁸⁷ Sak 316/85 *Lebon* ECLI:EU:C:1987:302, avsnitt 26.

⁸⁸ C-138/02 *Collins* ECLI:EU:C:2004:172, avsnitt 63.

⁸⁹ C-22 & 23/08 *Vatsouras* ECLI:EU:C:2009:344, avsnitt 33-46.

⁹⁰ J. Shaw (fn. 8), s. 585; N. Nic Shuibhne, “The Resilience of EU Market Citizenship” (2010) *Common Market Law Review* 47 1597, s. 1619.

⁹¹ Generaladvokat Colomers rådgivende uttalelse i C-11 & 12/06 *Morgan and Bucher* ECLI:EU:C:2007:174, avsnitt 67.

⁹² Kritisk likevel til at man ikke har gått langt nok i å sikre enda mer delaktighet og tilhørighet, se f.eks. W. Maas, “Unrespected, Unequal, Hollow? Contingent Citizenship and Reversible Rights in the European Union” (2009) 15 *Columbia Journal of European Law* 625; og C. Closa, “Constitutional Prospects of European Citizenship and New Forms of Democracy”, i G. Amato, H. Bribosia & B. de Witte (red.) *Genesis and Destiny of the European Constitution* (Bruylant, 2007) 1037.

⁹³ Av den oppfatning at opphold (ikke nasjonalitet) bør være bestemmende for samtlige EU-borgerskapsrettigheter, se f.eks. G. Davies, “Any Place I Hang My Hat? or: Residence is the New Nationality” (2005) 11 *European Law Journal* 43, s. 55: “..residence (...) is now the indicator of membership of a community and its benefits, rather than birthright”.

bosetter seg i et tredjeland utenfor EU.⁹⁴ Videre er det EU-medlemsstatene som i utgangspunktet bestemmer hvem som har stemmerett i disse valgene gjennom nasjonallovgivningen sin.⁹⁵

Ifølge art. 23 TFEU har enhver EU-borger som befinner seg i utlandet rett til å motta konsulær beskyttelse fra diplomatiske eller konsulære myndigheter fra enhver annen EU-medlemsstat på samme vilkår som den andre EU-medlemsstatens egne statsborgere. I praksis så betyr dette at hvis ens egen EU-medlemsstat ikke har noen lokal representasjon i landet man befinner seg i, så kan man oppsøke et annet EU-medlemslands konsulat eller ambassade for hjelp eller bistand.⁹⁶ At slik beskyttelse, som tradisjonelt kun gjaldt ens egne borgere, nå strekker seg til andre EU-medlemsstaters borgere, er et klart uttrykk for gryende og styrket politisk solidaritet på EU-nivå.

Art. 24 TFEU inneholder flere borgerskapsrettigheter. For det første åpnes for såkalte «borgerinitiativ», etter en lovgivningsprosess nærmere beskrevet i art. 11(4) TFEU.⁹⁷ Ifølge disse bestemmelsene kan EU-kommisjonen bes om å fremlegge utkast til ny EU-sekundærlovgivning for EUs Ministerråd og EU-parlamentet basert på et initiativ undertegnet av ikke mindre enn én million EU-borgere fra en «significant number» av medlemsstatene. Flere slike initiativ har resultert i konkrete endringer til eksisterende EU-lovgivning (som f.eks. *Right2Water*-kampanjen, som førte til endringer i vannkvalitetsdirektivet). Andre initiativ som har oppnådd kravet om over én million signaturer har likevel strandet hos EU-kommisjonen (som f.eks. *My voice against nuclear energy* – borgerinitiativet for å fase ut bruken av atomkraft i EU). EU-domstolen har understreket at EU-kommisjonen har et vidstrakt skjønn i sin vurdering av hvilke borgerinitiativ som kan/skal følges opp med konkrete lovgivningsforslag, men at eventuelle avslag også må begrunnes.⁹⁸

Art. 24 TFEU gir videre uttrykk for to mer universale rettigheter: Retten til å henvende seg til henholdsvis EU-parlamentet og EU-ombudsmannen, på hvilket som helst av de offisielle EU-språkene opplistet i art. 55(1) TEU. Dette er rettigheter som ikke forutsetter bevegelighet (grenseoverskridende situasjon), men som knyttes til oppholdsstatusen til den som ønsker å benytte seg av dem. Følgelig er disse rettigheter som ikke kan anses som eksklusive for EU-borgere alene, men som ifølge EU-domstolen tilkommer enhver fysisk eller juridisk person som oppholder seg eller er etablert i en av medlemsstatene.⁹⁹

2.8 Borgerskapsdirektivet

Borgerskapsdirektivet ble vedtatt og trådte i kraft i slutten av april 2004, med en gjennomføringsfrist for medlemsstatene satt til to år senere.¹⁰⁰ Direktivet har vært nevnt flere ganger så langt i denne rapporten, men fortjener også litt egen plass her – særlig gitt dens betydning i EØS-sammenheng.

Som tidligere nevnt, selv om primærretten til fri bevegelighet og opphold i andre EU-stater gjelder i dag for samtlige borgere i EU-medlemsstatene, så er den på ingen måte absolutt. Det følger av

⁹⁴ C-300/04 *Eman & Sevinger (Aruba)* ECLI:EU:C:2006:545. Som forklart av Shaw (fn. 8, s. 600), “[t]his amounts to recognizing the right to vote in European Parliament elections as a normal incident of EU citizenship, even if this is not explicitly stated in the Treaties.”

⁹⁵ Spania tapte følgelig et traktatbruddsøksmål mot Storbritannia, avgjort i storkammer, der man ønsket å få erklært som EU-rettsstridig sistnevntes lov og praksis om utvidelse av stemmerett til EU-parlamentsvalg til enkelte borgere av det britiske samveldet, se C-145/04 *Spain v. United Kingdom (Gibraltar)* ECLI:EU:C:2006:543.

⁹⁶ Videre koordinert gjennom direktiv 2015/637 OJ L 106/1 24.04.2015.

⁹⁷ Selve fremgangsmåten og vilkårene for fremleggelsen av slike borgerinitiativ er nedfelt i forordning 211/2011 OJ L 65/1 11.03.2011. En oversikt over forskjellige initiativ som ligger ute til signatur finnes her:

<https://europa.eu/citizens-initiative/en>.

⁹⁸ C-418/18 P *Puppink* ECLI:EU:C:2019:1113.

⁹⁹ C-145/04 *Spain v. United Kingdom (Gibraltar)* ECLI:EU:C:2006:543, avsnitt 74.

¹⁰⁰ Direktiv 2004/38 OJ L 158/77 30.04.2004.

ordlyden til både Art. 20 og 21 TFEU at den grunnleggende retten til fri bevegelse og opphold kan gjøres gjenstand for begrensninger og vilkår i sekundære EU-rettsakter. Sekundærlovgivningen konkretiserer disse grunnleggende rettighetene i forskjellige sammenhenger, og hjemler enkelte rettigheter også. Da Maastricht-traktaten trådte i kraft var det allerede en rekke forordninger og direktiver som samlet la en rekke slike rettigheter, begrensninger og vilkår til grunn for retten til fri bevegelse mellom og opphold i andre EU-stater – inkludert eksempelvis oppholds- og studentdirektivene,¹⁰¹ og eldre versjoner av arbeidstaker- og trygdeforordningen,¹⁰² som vi har vært innom tidligere. Men disse rettsaktene var naturligvis ikke skrevet med EU-borgerskapskonseptet i tankene. Og selv om de enkelte rettsaktene selvfølgelig kunne endres og oppdateres hver for seg, så må nok rettskildetypen på sekundært nivå på midten av 1990-tallet kunne beskrives som relativt fragmentert og i utakt med de nye rettighetene som EU-borgerskapet etter hvert gav opphav til.

Tydlig inspirert av EU-borgerskapsutviklingen på traktatnivå kom derfor EU-kommisjonen i 2001 med forslag til et nytt direktiv som skulle samle opp mange av de konkrete rettighetene, vilkårene og begrensningene knyttet til retten til fri bevegelse og opphold på et sted.¹⁰³ Borgerskapsdirektivet erstattet følgelig hele 6 tidligere forordninger og direktiver som hver for seg tok sikte på å utpensle forskjellige persongrupper rett til fri bevegelse og opphold i andre EU-stater. Rettsaktene som nå ble erstattet hadde tidligere dekket både økonomisk aktive personer (arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere), folk som tidligere hadde vært og som i fremtiden trolig ville være i arbeid (pensjonister, studenter, arbeidssøkende), de som kunne forsørge seg selv, samt familiemedlemmene til enkelte av disse persongruppene (inkludert familiemedlemmer som er tredjelandborgere). Det er likevel viktig å understreke at borgerskapsdirektivet ikke uttømmende regulerer retten til fri bevegelse og opphold for alle disse persongruppene i dag. Enkelte rettigheter og/eller begrensninger følger også av andre EU-rettsakter, inkludert eksempelvis arbeidstakerforordningen,¹⁰⁴ trygdeforordningen,¹⁰⁵ tjenstedirektivet¹⁰⁶ og kvalifikasjonsdirektivet.¹⁰⁷ Borgerskapsdirektivet må følgelig også leses og forstås i sammenheng med disse.

Knyttet til det grunnleggende spørsmålet om EU-borgerskapets normative verdi og betydning, som vi har sett, så har EU-domstolens mantra vært at EU-borgerskap er «destined to be the fundamental status of nationals of the Member States». Dette reiste igjen spørsmål om den alminnelige retten til fri bevegelse som alle EU-borgere nå hadde i kraft av EU-borgerskapet dermed hadde oppslukt eller erstattet de tidligere persongrupperingene som var inndelt etter graden av økonomisk aktivitet. Eller om borgerskapskonseptet måtte regnes som supplementært – en slags reststatus for de få som ikke falt under allerede eksisterende personkategorier. Borgerskapsdirektivet (og øvrig sekundærlovgivning, for den saks skyld) gjør imidlertid klart at kategoriseringen av forskjellige persongrupper fortsatt er essensiell i EU-sammenheng med tanke på å fastlegge rettighetene som disse har til fri bevegelse og opphold i EU. Selv om alle EU-borgere nå har en alminnelig, traktatfestet rett til fri bevegelse og opphold, så vil denne retten (og begrensningene dertil) fortsatt kunne variere mellom forskjellige persongrupper. Tommefingeregelen etter borgerskapsdirektivets bestemmelser er at jo mer økonomisk aktiv du regnes for å være, jo færre begrensninger vil det som regel være på din rett til å bevege og oppholde deg fritt i andre EU-medlemsstater. Distinksjonen

¹⁰¹ Direktiv 90/364 OJ L 180/26 13.07.1990; Direktiv 93/96 OJ L 317/59 18.12.1993.

¹⁰² Forordning 1612/68 OJ L 257/2 19.10.1968; Forordning 1408/71 OJ L 149/2 05.07.1971.

¹⁰³ Se Kommisjonens forslag til borgerskapsdirektivet (COM (2001) 257 final), som viser til «the new legal and political environment established by Citizenship of the Union»,

¹⁰⁴ Forordning 492/2011 OJ L 141/1 27.05.2011.

¹⁰⁵ Forordning 883/2004 OJ L 166/1 30.04.2004.

¹⁰⁶ Direktiv 2006/123 OJ L 376/36 27.12.2006.

¹⁰⁷ Direktiv 2005/36 OJ L 255/22 30.09.2005.

mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktive personer er dermed fortsatt av rettslig betydning i flere sammenhenger. Og bidrar til å forklare hvorfor EU-domstolen helst velger å avgjøre saker under henvisning til en av de mer spesifiserte reglene om fri bevegelighet (for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende eller tjenester) enn EU-borgerskapsreglene, der den kan velge mellom disse.¹⁰⁸ Av og til ser man også at EU-domstolen foretrekker å lene seg på de andre frihetene for å begrunne et resultat som ellers kanskje hadde vært vanskelig(ere) å forsvare i lys av begrensningene/vilkår som fremgår av borgerskapsdirektivet.¹⁰⁹

Borgerskapsdirektivet medførte en rekke både større og mindre materielle endringer fra rettsaktene den erstattet. Tanken her kan ikke være å gå gjennom alle bestemmelsene i direktivet, men her finner vi altså regler om retten for EU-borgere og deres familiemedlemmer til utreise fra så vel hjem- som vertsstat (art. 4); retten til innreise i annen EU-stat (art. 5); spesifikke regler om oppholdsrett i annen EU-stat for inntil 3 måneder (art. 6), fra tre måneder til 5 år (art. 7) samt på permanent basis (art. 16-18); om legitimering av restriksjoner på disse rettighetene (art. 27-29); retten til likebehandling under opphold i annen EU-stat (art. 24); samt en rekke administrative formaliteter og prosessuelle rettigheter, som særlig gjør seg gjeldende ved bort- eller utvisning eller påstått misbruk av EU-rettighetene.

Det er særlig grunn til å merke seg at retten til å returnere til ens egen hjemstat etter å ha utøvd retten til fri bevegelighet ikke er dekket uttrykkelig i borgerskapsdirektivet. Dette vil som regel være helt uproblematisk for hjemstatens egne borgere, som ikke kan bort- eller utvises etter gjeldende folkerettslige prinsipper. Hva gjelder avledete rettigheter til opphold for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere ved EU-sponsorens retur til hjemlandet etter å ha utøvd sin rett til fri bevegelighet, har imidlertid EU-domstolen gjort klart i en rekke saker bare kan utledes fra art. 20 og 21 TFEU, og ikke bestemmelser i borgerskapsdirektivet – i hvert fall i sin EU-kontekst.¹¹⁰

Enkelte av bestemmelsene i borgerskapsdirektivet stammer direkte fra rettsaktene som ble erstattet,¹¹¹ eller kodifiserte uskrevne regler etablert gjennom EU-domstolens rettspraksis.¹¹² Det var likevel også enkelte rettigheter som var helt nye:

- Den universale og uforbeholdne rett til opphold i annen EU-stat i inntil 3 måneder, som gjelder for alle EU-borgere uavhengig av økonomisk aktivitet, uten at det kan stilles krav til noe annet enn gyldig pass eller nasjonalt ID-kort (art. 6).
- Retten til permanent opphold etter 5 års sammenhengende opphold i vertsstaten (art. 16);

¹⁰⁸ Slik også f.eks. N. Nic Shuibne, "Schwarz, Commission v. Germany and Morgan and Bucher (Case Annotation)" (2008) 45 *Common Market Law Review* 771, s. 774-775.

¹⁰⁹ Se f.eks. C-480/08 *Teixeira* ECLI:EU:C:2010:83; og C-22 & 23/08 *Vatsouras* ECLI:EU:C:2009:344, der dagens art. 45 TFEU ble brukt for å unngå begrensningene i art. 24(2).

¹¹⁰ Se f.eks. C-456/12 *O and B* ECLI:EU:C:2014:135; C-133/15 *Chavez-Vilchez* ECLI:EU:C:2017:354; C-89/17 *Banger* ECLI:EU:C:2018:570; C-230/17 *Altiner and Ravn* ECLI:EU:C:2018:497. Situasjonen er imidlertid annerledes i EØS-sammenheng – se punkt 3.3.1.

¹¹¹ Som f.eks. kravene til tilstrekkelige midler og omfattende helseforsikring ved opphold i annen EU-stat – sistnevnte ble imidlertid endret i lys av avgjørelsen i C-413/99 *Baumbast* ECLI:EU:C:2002:493 fra forsikring som dekker alle risiko, til et krav om omfattende («comprehensive») helseforsikring.

¹¹² Se f.eks. Art. 5(4), som kodifiserte EU-domstolens avgjørelse i C-459/99 *MRAX* ECLI:EU:C:2002:461; og art. 5(5) som reflekterer avgjørelsen i C-118/75 *Watson and Belmann* ECLI:EU:C:1976:106.

- En utvidet rett til å beholde ens arbeidstakerstatus i oppholdssammenheng, dersom man ufrivillig har mistet jobben (art. 7(3)).¹¹³
- En rekke nye prosessuelle regler til vern for individet (bl.a. art. 15, 30-33).

Det er også særlig grunn til å merke seg her hvordan borgerskapsdirektivet har kodifisert deler av EU-domstolens rettspraksis basert på det som er dagens art. 20-21 TFEU. Forskjellige deler av avgjørelsen i *Baumbast* er for eksempel nå reflektert i flere av direktivbestemmelsene.¹¹⁴ Art. 12(3) gjør følgelig klart at barn av EU-borgere og den person som har foreldreansvaret vil ha oppholdsrett i annen EU-stat så lenge barnet er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon i landet. Videre i art. 7(1)(b) om helseforsikringskrav under opphold i annen EU-stat, som ble endret fra forsikring som dekker alle risiko til et krav om omfattende («comprehensive») helseforsikring, nettopp for å ta høyde for EU-domstolens innskrenkende tolkning av oppholdsdirektivet i saken.¹¹⁵ Et annet eksempel er art. 14(3) som kodifiserer avgjørelsen i *Grzelczyk*, der EU-domstolen kom til at benyttelse av vertsstatens sosialhjelpssystem ikke automatisk kan medføre utvisning for EU-borgere og/eller deres familiemedlemmer.¹¹⁶ Et siste eksempel gjelder Art. 27(2), der det fremgår at restriksjoner på fri bevegelighet begrunnet i offentlig orden eller sikkerhetshensyn må undergis en proporsjonalitetsvurdering. Fortalens punkt 23 og 24, som reflekterer EU-domstolens avgjørelse i *Orfanopoulos*, gjør klart her at slike unntak ikke bare skal tolkes strengt, men gjøres gjenstand for en «particularly restrictive interpretation» i lys av borgerskapsreglene i TFEU.¹¹⁷

Helt til slutt er det nok også grunn til å gjenta det som tidligere er nevnt om balansegangen som EU-domstolen kontinuerlig søker mellom fri bevegelighet og medlemsstatenes interesser i å verne om sine velferdssystemer. EU-domstolen sier på den ene siden at begrensninger på den generelle retten til fri bevegelighet og/eller opphold som alle EU-borgere nyter etter art. 21 TFEU skal i utgangspunktet tolkes innskrenkende.¹¹⁸ EU-domstolen har i denne forbindelse gjentatte ganger understreket at EU-lovgiver gjennom borgerskapsdirektivet tok sikte på å styrke og lette alle EU-borgeres rett til fri bevegelighet og opphold i EU-området, med den følge at «Union citizens cannot derive less rights from that directive than from the instruments of secondary legislation which it amends or repeals».¹¹⁹ På den annen side har vi også sett flere eksempler der EU-domstolen virker mer sensitiv overfor medlemsstatenes innsigelser, ved å gi begrensningene og vilkårene noe større gjennomslag. Hvor grensen går, og hvorvidt den balansen som er truffet virker fornuftig eller ikke, er vi naturligvis ikke så opptatt av å svare på her – men at vi på basis av EU-domstolens tilnærming over tid kan fastslå at det ikke har vært en utvikling av fri bevegelighet og opphold *sans frontières*, og at borgerskapsdirektivets regler faktisk tas på alvor, synes ganske klart.

¹¹³ Bestemmelsen fremstår delvis som en kodifisering av EU-domstolens rettspraksis, med enkelte nye regler lagt til.

¹¹⁴ C-413/99 *Baumbast* ECLI:EU:C:2002:493.

¹¹⁵ Et krav til tilstrekkelige midler fremgår også av art. 12(2), som gjelder familiemedlemmers rett til å beholde oppholdsrettigheter ved EU-sponsorens død eller utreise fra vertsstaten. Det antas at samme forståelse må legges til grunn for begge bestemmelsene, se E. Guild, S. Peers & J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive – A Commentary* (Oxford University Press, 2. utgave, 2019), s. 168.

¹¹⁶ C-184/99 *Grzelczyk* ECLI:EU:C:2001:458.

¹¹⁷ C-482 & 493/01 *Orfanopoulos* ECLI:EU:C:2004:262, avsnitt 65.

¹¹⁸ Et treffende eksempel er tolkningen av kravet til «continuous residence» i fem år som vilkår for permanent opphold i vertsstaten, jfr. art. 16. EU-domstolen har i flere saker lagt til grunn en særlig liberal forståelse av hvilke perioder som kan inngå i denne beregningen – se f.eks. C-162/09 *Lassal* ECLI:EU:C:2010:592; og C-325/09 *Dias* ECLI:EU:C:2011:498.

¹¹⁹ C-127/08 *Metock* ECLI:EU:C:2008:449, avsnitt 59; C-162/09 *Lassal* ECLI:EU:C:2010:592, avsnitt 30.

2.9 Oppsummering

Shaw oppsummerer det godt når hun sier at «if a good working definition of citizenship combines elements of rights, access and belonging, then the value-added of citizenship at EU level is strongest in relation to the rights which it gives rise, but much weaker in relation to questions of access and belonging».¹²⁰ Introduksjonen av EU-borgerskap har nok til en viss grad bidratt til økt delaktighet i EUs politiske prosesser. Men det er ingen tvil om at kjerne rettigheten i EU-borgerskapskonseptet er og blir retten til fri bevegelse og opphold, akkurat som markedsborgerskapet som kom før. EU-borgerskapet har klart styrket retten til fri bevegelse og likebehandling for mange kategorier av personer ved å løfte disse opp på traktatnivå med direkte virkning. Dette ser man særlig gjenspeilet i EU-domstolens ofte utvidende forståelse av EU-rettens virkeområde, liberale tolkninger av borgerskapsrettighetene og i utgangspunktet strenge tolkninger av unntakene og begrensningene dertil.¹²¹

EU-borgerskap er imidlertid fortsatt en derivativ status, utledet og forbeholden av medlemsstatenes egne nasjonale statsborgerskapsregler. Retten til fri bevegelse og opphold etter borgerskapsreglene er også noe mer begrenset enn de mer spesifikke rettene som hører til enkelte grupper økonomisk aktive personer. Som vi har sett kan rettsutviklingen av borgerskapsrettighetene også grovt deles inn i tre faser – fra forsiktighet i starten, til relativt kraftig evolusjon, etterfulgt av en viss reservasjon. Hva gjelder sistnevnte har nok stadfestelse av en i hovedsak rettighetsbasert tilnærming til fordel for individets rett til fri bevegelse og/eller opphold til tider også vært etterfulgt av en viss innstramming eller spissing gjennom krav og vilkår som oppstilles i sekundærlovgivningen. EU-domstolen må nok likevel kunne sies å ha utvist en ganske balansert tilnærming til rettsutviklingen av EU-borgerskapsreglene på det hele. EU-retten er svært dynamisk av natur, og utvikler seg sjeldent lineært – på noe område. Domstolens avgjørelser utgjør et svært viktig ledd i den formelle (og uformelle) dialogen med medlemsstatene om hvor grensene for EU-retten må anses å gå, og EU-domstolen er naturligvis også bundet og begrenset av de konkrete sakene som kommer for den. At det har bølget litt frem og tilbake, og trolig vil fortsette å gjøre det i tiden fremover, er derfor kanskje ikke så overraskende.

3. EU-borgerskap i EØS-sammenheng

Spørsmålet vi skal vende oss til i det følgende er hvilken rettslig og praktisk betydning det har at det ikke finnes noen parallell til EU-borgerskapet, som gir en alminnelig rett til fri bevegelse til alle uavhengig av økonomisk aktivitet, i EØS-avtalen.

EØS-avtalen har som hovedformål «to provide for the fullest possible realisation of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole EEA, so that the internal market established within the European Union is extended to the EFTA States».¹²² At det er «fullest possible» – ikke fullstendig – adgang til EUs indre marked gjenspeiles i EØS-avtalens materielle virkeområde. Flere viktige saksområder faller som kjent utenfor EØS, inkludert EUs toll- og monetærunion, EUs felles landbruk- og fiskeripolitikk, og EUs område for frihet, sikkerhet og rettferdighet («Area of

¹²⁰ J. Shaw, "Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism", i P. Craig & G. de Búrca (red.) *The Evolution of EU law* (Oxford University Press, 2. utgave, 2011) 575, s. 578.

¹²¹ Det vil nok likevel alltid være enkelte som mener at utviklingen ikke har gått langt nok. Se f.eks. A. Schrauwen, "Granting the Right to Vote for the European Parliament to Third-Country Nationals" (2013) 19 *European Law Journal*, 201; og N. Nic Shuibhne (fn. 90), som gir uttrykk for at EU-borgerskap ikke kan anses å ha beveget seg forbi et markedsborgerskap – noe hun heller ikke mener kan være overraskende, all den tid EU «exists primarily to deliver a market».

¹²² C-897/19 PPU *I.N.* ECLI:EU:C:2020:262, avsnitt 50; C-452/01 *Ospel* ECLI:EU:C:2003:493, avsnitt 29.

Freedom Security and Justice»). EFTA-statene samarbeider likevel både kollektivt og hver for seg med EU om en rekke av disse tingene, men da gjennom separate avtaler, utenfor EØS.¹²³ Dette er også helt forståelig, tatt i betraktning at EØS-avtalens hoveddel ikke har blitt endret siden den trådte i kraft for snart 30 år siden. EU-traktatene har derimot vært gjenstand for flere oppdateringer og revisjoner siden den gang. Enkelte traktatregler og saksområder som knytter seg til EUs indremarkedsprosjekt har blitt endret, og noen – inkludert EU-borgerskapskonseptet – er ikke speilet i EØS-avtalens hoveddel i det hele tatt. Dette reiser naturligvis en del spenninger og problemer knyttet til spørsmålet om hvordan man skal forsøke å håndtere «the widening gap».¹²⁴

EFTA-statene var nok likevel ganske klare over at EU-borgerskapet var på vei.¹²⁵ Forhandlingene om Maastricht-traktaten gikk nesten parallelt med EØS-forhandlingene. Selv om det eventuelt kan ha hersket en viss usikkerhet om hvordan introduksjonen av EU-borgerskap ville påvirke rettsutviklingen i EU (og dermed EØS, i kraft av den fundamentale homogenitetsmålsettingen), så kan det ikke ha vært særlig tvil om at kjernen i EU-borgerskapskonseptet var som markedsborgerskapet som kom før – nemlig fri bevegelighet mellom og opphold i andre EU-medlemsland. Som Shuibne påpeker, og som vi tidligere har sett, «[free] movement is still, for good or ill, the guts of EU citizenship».¹²⁶ Og fri bevegelighet er i sin tur også kjernen i EØS-avtalen. At EØS-avtalepartnerne likevel valgte å ikke ta med noen henvisninger til EU- eller EØS-borgerskap er derfor ikke uten betydning. Særlig gitt at de valgte å inkludere andre endringer som ble introdusert ved Maastricht-traktaten.¹²⁷

I det foregående har vi sett hvordan EU-domstolen de siste snart 30 årene har brukt art. 20 og 21 TFEU både direkte (som hjemmel) og mer indirekte (gjennom tolkning av EUs primær- og sekundærrett) til å styrke retten til fri bevegelighet og opphold for alle EU-borgere og deres familiemedlemmer. Ettersom disse bestemmelsene ikke finner sin gjenklang i EØS-avtalen, så finnes ikke de samme verktøyene til å gjøre det samme i EØS-retten. Men dersom arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende, tjenesteytere/mottakere og andre persongrupper anerkjent gjennom EU-/EØS-sekundærlovgivningen ble ansett for å ha ulike rettigheter i EU- og EFTA-statene, ville dette naturligvis undergrave hele ideen om et indre marked i EØS. For å sikre likhet og gjensidighet, og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene, så må reglene om disse persongrupperne likevel forstås og anvendes likt, eller i det minste føre til de samme resultatene i praksis. Anført av EFTA-domstolen, har man derfor forsøkt å oppnå de samme resultatene og utfall gjennom bruk av andre EØS-kilder der dette virker mulig.

¹²³ Se f.eks. Norge og Islands avtaler med EU om assosiert medlemskap i Schengen-samarbeidet (OJ L 176/36 10.07.1999), Dublin-samarbeidet om asyl (OJ L 93/40 03.04.2001), Lugano-konvensjonen (OJ L 339/3 21.12.2007) og EUs overleveringsprosedyre (OJ L 292/2 21.10.2006).

¹²⁴ For mer generelt om dette, se f.eks. H.H. Fredriksen & C.N.K. Franklin, "Of pragmatism and principles: the EEA Agreement 20 years on" (2015) 52 *Common Market Law Review* 629.

¹²⁵ Sveits er part i EFTA-konvensjonen, men ikke EØS-avtalen. For enkelhets skyld vil imidlertid de 3 EFTA-statene som er part i EØS-avtalen (Norge, Island og Liechtenstein) heretter bli omtalt samlet som «EFTA-statene», i tråd med definisjonen i art. 2(b) EØS.

¹²⁶ N. Nic Shuibne (fn. 90), s. 1610. Shuibne mener også at EU-borgerskap, til tross for framsteg, fortsatt kan anses som et markedsborgerskap i dag, ettersom "EU citizenship has been principally substantiated, so far, by consolidating and building upon legal rights that relate almost exclusively to transnational movement" (s. 1607).

¹²⁷ Se f.eks. art. 29 EØS om trygd, som viser til både arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Sistnevnte var ikke nevnt i tidligere versjoner av EF-traktatene (Art. 42 EF), men ble endelig lagt til etter Maastricht-traktaten (dagens art. 48 TFEU). Flere eksempler på slik fremsynthet fremgår videre av EØS-avtalens fortale, som viser bl.a. til menneskerettigheter og EØS-avtalens sosiale dimensjon. Se F. Arnesen & H.H. Fredriksen, "Preamble", i F. Arnesen *et al* (red.), *Agreement on the European Economic Area – a Commentary* (C.H./Beck/Hart/Nomos/Universitetsforlaget, 2017).

3.1 EØS-markedsborgerskapet

Som nevnt er ingen av EU-borgerskapsreglene i art. 20-25 gjengitt i EØS-avtalens hoveddel. De ulike politiske rettighetene knyttet til EU-borgerskapsstatusen (se punkt 2.7 over) faller dermed klart utenfor EØS-rettens virkeområde. Dette er imidlertid ikke så overraskende. Som påpekt av Shuibne, «[w]e know instinctively that the idea of EEA (...) citizens is absurd», fordi EU har «particular features that make it a *polity*, distinguishing it from these other 'organisations'». ¹²⁸ Selv om de politiske rettighetene faller utenfor EØS-avtalen kan EFTA-borgere likevel dra nytte av enkelte av disse på grunnlag av opphold i en av EU-statene. EFTA-borgere som oppholder seg i en av EU-medlemsstatene har faktisk en EU-traktatfestet rett til å henvende seg til ombudsmannen og/eller EU-parlamentet på lik linje med alle EU-borgere. Det samme gjelder for juridiske personer (selskap m.m.) fra EFTA-statene som er etablert i EU.

Hva gjelder retten til fri bevegelighet og opphold, som nevnt er kjernen i EU-borgerskapet, så har markedsborgerskapet alltid vært en del av EØS-retten. Fri bevegelighet mellom og opphold i andre EØS-stater står som en sentral målsetting i EØS-avtalen – i hvert fall for økonomisk aktive personer. ¹²⁹ EU-traktatens alminnelige regler om fri bevegelighet for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere/-mottakere er følgelig speilet fullt ut i EØS-avtalens hoveddel, slik disse reglene var gjengitt i EF-traktaten i 1991. EU-domstolens utvidende tolkninger av disse bestemmelsene, som blant annet ga grunnlag for retten til fri bevegelighet for mottakere av turist- og forretningstjenester, fulgte også med her som nissen på lasset. ¹³⁰

Videre var mange EU-rettsakter som tok sikte på å lette fri bevegelighet for flere forskjellige persongrupper også innlemmet i EØS-avtalens vedlegg helt fra starten – inkludert arbeidstaker- og trygdeforordningene, ¹³¹ forskjellige direktiver om gjensidig anerkjennelse av profesjonelle kvalifikasjoner, ¹³² og direktivene som åpnet for retten til fri bevegelighet og opphold for studenter, pensjonister og ikke-økonomisk aktive personer. ¹³³ Andre viktige deler av EUs sekundærlovgivning har blitt inntatt i EØS-avtalen over tid, som for eksempel tjenstedirektivet, ¹³⁴ en ny trygdeforordning og nytt direktiv om profesjonelle kvalifikasjoner, ¹³⁵ og – som vi kommer nærmere tilbake til under – borgerskapsdirektivet. ¹³⁶ Inkorporasjonen av disse rettsaktene i EØS-avtalens vedlegg har ført til en *de facto* utvidelse av EØS-avtalens virkeområde over tid, og bidratt i vesentlig grad til å redusere avstanden mellom EU-traktatene og EØS-avtalens hoveddel. Det er viktig å understreke her at i motsetning til det hierarkiske EU-rettsystemet, så hjemles ikke rettigheter til fri bevegelighet og

¹²⁸N. Nic Shuibhne (fn. 90), s. 1601 (ikke min kursiv).

¹²⁹ Se EØS-avtalens fortale punkt 5, som viser til målet om å oppnå «størst mulige gjennomføring av fritt varebytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital innen hele Det europeiske økonomiske samarbeidsområde samt et styrket og utvidet samarbeid om politikk som gjelder alle disse frihetene, og på tilgrensende områder».

¹³⁰ Ifølge art. 6 EØS, og som ledd i homogenitetsmålsettingen, skal like bestemmelser i EU- og EØS-retten «fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale». EU-domstolens stadfestelse av en rett til fri bevegelighet for å motta turisttjenester i annen EØS-stat i Sak 186/87 *Cowan* ECLI:EU:C:1989:47 gjaldt derfor tvilløst også i EØS-sammenheng.

¹³¹ Forordning 1612/68 OJ L 257/2 19.10.1968; Forordning 1408/71 OJ L 149/2 05.07.1971.

¹³² Direktiv 77/452 OJ L 176/1 27.06.1977; Direktiv 78/686 OJ L 233/1 25.07.1978; Direktiv 78/1026 OJ L 362/1 18.12.1978; Direktiv 89/48 OJ L 19/16 21.12.1988.

¹³³ Direktiv 93/96 OJ L 317/59 18.12.1993; Direktiv 90/365 OJ L 180/28 28.06.1990; Direktiv 90/364 OJ L 180/26 13.07.1990.

¹³⁴ Direktiv 2006/123 OJ L 376/36 27.12.2006.

¹³⁵ Forordning 883/2004 OJ L 166/1 30.04.2004; Direktiv 2005/36 OJ L 255/22 07.09.2005.

¹³⁶ Direktiv 2004/38 OJ L 158/77 30.04.2004.

opphold kun i bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Slike rettigheter hjemles også direkte i forordningene og direktivene som er inntatt i avtalens vedlegg.¹³⁷ Et godt eksempel her gjelder direktivene om pensjonister og ikke-økonomisk aktive personer. Helt fra starten av EØS-samarbeidet har begge disse persongruppene hatt spesifikke rettigheter til fri bevegelighet og opphold i andre EØS-stater hjemlet direkte i tidligere EF-direktiver som var innlemmet i EØS-avtalen, fullstendig usporbare til noen bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel.

En av de sentrale endringene som EU-borgerskapet medførte var imidlertid å bryte helt med kravet om økonomisk aktivitet som forutsetning for en alminnelig rett til fri bevegelighet. EFTA-statene har for sin del ofte hevdet at ettersom EØS-avtalen begrenser seg til økonomisk samarbeid, at retten til fri bevegelighet og opphold følgelig må anses som begrenset i utgangspunktet til økonomisk aktive personer og deres familiemedlemmer.¹³⁸ Men ikke-økonomisk aktive personer har også hatt visse rettigheter til fri bevegelighet under EØS-avtalen helt siden starten. Som vi har sett, på tidspunktet for EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994, så var det nesten ingen som falt utenfor personkretsen av EU-reglene: Traktatene hjemlet fri bevegelighet av arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenester. Studenter, pensjonister og enhver borger i medlemsstatene med tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv, hadde også allerede en rett til fri bevegelighet og opphold i kraft av eksisterende sekundærlovgivning. EU-domstolens utvidelse av tjenestefrihetens personkrets til å dekke mottakere av turist- og forretningstjenester under opphold i andre EU-stater bidro også merkbart til en økning i beskyttelsesgraden, fordi «(nearly) all stays in other Member States may be interpreted as a continuous process of receiving services of every kind, meaning that a right of residence for everybody can be derived from holding the status of a recipient of services».¹³⁹ Det samme gjaldt da også i EØS-sammenheng: Det fundamentale EØS-rettslige prinsippet om homogenitet gjør at det foreligger en meget sterk presumsjon i favør lik tolkning og anvendelse av alle EØS-regler som speiler EU-regler.¹⁴⁰ Og homogenitetsprinsippet gjelder likefullt for bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel,¹⁴¹ som for alle forordningene og direktivene i vedleggene.¹⁴²

3.2 Borgerskapsdirektivet i EØS-sammenheng

¹³⁷ Se C.N.K. Franklin, "Pride and Prejudice: Some Reflections on the (In)discretionary Application of Fundamental Freedoms by Norwegian Courts", i A.T. Müller & W. Schroeder (red.), *25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum* (2020) 1 *Europarecht* 225, s. 243. De 22 vedleggene ("annexes") til EØS-avtalens hoveddel, og de mange tusen EU-rettsaktene som er inntatt der, utgjør "en integrerende del av denne avtale" (jfr. art. 119 EØS), slik at det ikke kan sies å være noen over-/underordnet forhold mellom dem og bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.

¹³⁸ Se f.eks. argumentene fremsatt for EFTA-domstolen i E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020, slik gjengitt i høringsrapporten fra saken; og for EU-domstolen i *I.N.*, slik gjengitt i generaldokat Tanchevs rådgivende uttalelse i saken (C-897/19 PPU *Ruska Federacija v I.N.* ECLI:EU:C:2020:128, avsnitt 55-60).

¹³⁹ F. Wollenschlager, "A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration" (2011) 17 *European Law Journal* 1, s. 11. Selv om retten må anses begrenset rent tidsmessig, sørges likevel her for rett til både inn- og utreise, samt også opphold over kortere perioder i annen EØS-stat. Wollenschlager var likevel skeptisk til denne utviklingen, og mente at retten til fri bevegelighet og opphold her burde vært begrenset til mottak av spesifikke tjenester.

¹⁴⁰ Art. 1, 6 og 105 EØS; se videre EØS-avtalens fortale, punkt 4 og 15. Generelt om homogenitet, se H.H. Fredriksen & G. Mathisen, *EØS-rett* (Fagbokforlaget, 4. utgave 2022), s. 70 flg. Ettersom EU-prinsippene om direkte virkning og forrang ikke gjelder i EØS-retten, så vil det likevel og alltid kunne være en viss begrensning med tanke på lik anvendelse av likelydende regler i EU- og EØS-sammenheng.

¹⁴¹ Se f.eks. E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020 (arbeidstakere); E-3 & 20/13 *Fred Olsen and others* [2014] EFTA Ct. Rep. 400 (selvstendig næringsdrivende); og E-11/07 & E-1/08 *Rindal and Slinning* [2008] EFTA Ct. Rep. 320 (tjenester).

¹⁴² Se f.eks. P. Hreinsson, "General Principles" i C. Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law* (Springer, 2016) 349, s. 352-353. Homogenitetsprinsippet kan imidlertid (og naturligvis) nå en grense der EØS-komiteén eventuelt gjør eksplisitte materielle tilpasninger til EU-rettsakten når den innlemmes i EØS-avtalens vedlegg.

EØS-rettens materielle virkeområde ble utviklet og utvidet igjen da borgerskapsdirektivet ble tatt inn i EØS-avtalen.¹⁴³ Ut fra navnet alene kan det virke litt rart at direktivet fant sin vei inn i EØS-avtalen i det hele tatt, gitt EU-borgerskapskonseptets utelatelse fra EØS-avtalens hoveddel og EØS-komiteens gjengivelse i selve innlemmelsesvedtaket at begrepet «Unionsborgerskap» ikke inngår i avtalen.¹⁴⁴ Hovedgrunnen til at man til slutt kom til enighet på EU- og EFTA-siden om innlemmelse, etter nesten tre år med diskusjoner, skyldtes naturligvis direktivets materielle innhold, som grovt sett kan inndeles i tre forskjellige regelgrupper.¹⁴⁵ Den første gruppen bestod av regler som stammet eller var overført (med eller uten større endringer) fra de tidligere direktivene og forordningene som borgerskapsdirektivet erstattet, og som allerede var innlemmet i EØS-avtalens vedlegg. Disse reglene var neppe så problematiske for avtalepartene å godkjenne i ny drakt i EØS-sammenheng. Men borgerskapsdirektivet bestod også som vi har sett av to andre grupper med regler: Regler som kodifiserte praksis fra EU-domstolen, delvis basert på EU-borgerskapskonseptet; og en gruppe med helt nye regler, uforbundet med tidligere EU-lovgivning eller praksis. Disse reglene reiste nok en del spørsmål og utfordringer for EFTA-statene – introduserte man herved EU-borgerskap i EØS-sammenheng gjennom bakveien, og hvordan kunne man skille regler som skyldtes eller var influert av EU-borgerskap fra de som ikke var det?¹⁴⁶

Kompromissløsningen man til slutt landet på var derfor fullstendig innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen, sammen med en felleserklæring fra avtalepartene som (i hvert fall EFTA-statene må ha håpet) kunne forstås som et forsøk på begrense direktivets potensielle virkning og utvikling i EØS-sammenheng:

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

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

EFTA-domstolen var imidlertid tidlig ute med å indikere felleserklæringens svært begrensede vekt ved tolkninger av borgerskapsdirektivets bestemmelser. *Wahl* gjaldt spørsmålet om tolkningen av

¹⁴³ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007, 07.12.2007, om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett).

¹⁴⁴ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007, punkt 8.

¹⁴⁵ For mer om den langdryge prosessen, se J. Jonsdottir, *Europeanization and the European Economic Area* (Routledge, 2013); og C.N.K. Franklin & H.H. Fredriksen, "Differentiated Citizenship in the European Economic Area", i D. Kostakopoulou & D. Thym (red.) *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy – Navigating Challenges and Crises* (Edward Elgar, 2022) 297.

¹⁴⁶ Ifølge Jonsdottir var Island og Liechtenstein mer skeptisk innstilt enn norske myndigheter, som mente at gjeldende norsk rett allerede var i tråd med direktivets krav. I lys av EFTA-domstolens senere avgjørelser, som vi kommer tilbake til i punkt 3.3.1, må nok norske myndigheters vurdering her kunne karakteriseres som noe feilslått.

legitimeringsgrunnene om offentlig orden og sikkerhet i direktivets art. 27.¹⁴⁷ Islandske myndigheter hadde nektet innreise til en norsk statsborger som var medlem i Hells Angels. Norske myndigheter argumenterte for EFTA-domstolen at borgerskapsdirektivet måtte anses å ha et mer begrenset anvendelsesområde i EØS-sammenheng gitt at EU-borgerskap ikke var en del av EØS-retten. EFTA-domstolen sa seg uenig. Selv om EU-borgerskapskonseptet og innvandringspolitikk falt utenfor EØS-avtalens virkeområde, så kom EFTA-domstolen til at disse begrensningene ikke hadde noen materiell virkning i saken. EFTA-domstolen innrømmet at felleserklæringens relevans ikke kunne utelukkes på generelt grunnlag, men at dette i så fall måtte vurderes i den enkelte sak. Domstolen påpekte videre at slike argumenter knyttet til felleserklæringen kanskje ville fremstå som særlig relevante ved spørsmål om tolkningen av direktivets art. 24 (likebehandlingsprinsippet, og de spesifikke unntakene dertil), i saker som gjelder oppholdsrett for familiemedlemmer av EFTA-borgere som er tredjelandsborgere. I skrivende stund har imidlertid ingen slike saker kommet for EFTA-domstolen.

Felleserklæringens begrensede betydning ved tolkningen av borgerskapsdirektivet ble understreket igjen i *Gunnarsson*, en sak vi skal nærmere tilbake til i punkt 3.3.1.¹⁴⁸ EFTA-domstolen nevnte her felleserklæringen kort, og aksepterte i utgangspunktet riktignok at «the incorporation of Directive 2004/38 cannot introduce rights into the EEA Agreement based on the concept of Union Citizenship».¹⁴⁹ EFTA-domstolen understreket imidlertid videre at: «However, individuals cannot be deprived of rights that they have already acquired under the EEA Agreement before the introduction of Union Citizenship in the EU. These established rights have been maintained in Directive 2004/38». EFTA-domstolen gjenspeilet dermed uttalelsen til EU-domstolen i *Metock*, om at gruppe 1-regler i borgerskapsdirektivet ikke kunne forstås slik at de gav opphav til færre rettigheter enn de man allerede hadde etter direktivene og forordningene som ble erstattet.¹⁵⁰

Uttalelsen i *Gunnarsson* ble gjengitt i *Jabbi*, der EFTA-domstolen la til at felleserklæringen viste at «avtalepartene også [er] enige om at rettigheter direktivet gir til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelse etter EØS-avtalen, må være omfattet siden disse rettigheter er knyttet til retten til fri bevegelse for borgere av EU-statene og EFTA-statene».¹⁵¹ Videre, og enda mer kontroversielt, at «[a]vtalepartene kan ikke antas å ha hatt til hensikt at innføringen av unionsborgerskapet i EU-retten skulle hindre videre utvikling av den frie bevegelse for personer i EØS». I senere saker, som for eksempel *Campbell*, er henvisninger til felleserklæringen ellers utelatt fullstendig.¹⁵²

Hva gjelder de reglene som hører til gruppe 2 (der praksis basert helt eller delvis på EU-traktatreglene om borgerskap er tatt inn i borgerskapsdirektivet) og gruppe 3 (de helt nye rettighetene som var introdusert ved borgerskapsdirektivet), forsøkte for så vidt norske myndigheter i *Gunnarsson* også å begrense rekkevidden av disse under henvisning til felleserklæringen. Her ble det argumentert med at felleserklæringen måtte forstås slik at alle de delene av direktivet som grunnet seg i art. 21 TFEU ikke var en del av EØS-retten, og videre at direktivets innlemmelse i vedleggene som omhandlet fri bevegelse for arbeidstakere og etableringsretten måtte forstås slik at direktivet kun gav opphav til rettigheter for økonomisk aktive personer.¹⁵³ EFTA-domstolen avfeide imidlertid begge disse argumentene, under henvisning til at tidligere direktiver som gav enkelte ikke-økonomisk aktive

¹⁴⁷ E-15/12 *Wahl* [2013] EFTA Ct. Rep. 534, avsnitt 74-77.

¹⁴⁸ E-26/13 *Gunnarsson* [2014] EFTA Ct. Rep. 254.

¹⁴⁹ Avsnitt 80.

¹⁵⁰ C-127/08 *Metock* ECLI:EU:C:2008:449, avsnitt 59 – omtalt nærmere i punkt 2.8.

¹⁵¹ E-28/15 *Jabbi* [2016] EFTA Ct. Rep. 575, avsnitt 64.

¹⁵² E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020.

¹⁵³ E-26/13 *Gunnarsson* [2014] EFTA Ct. Rep. 254, avsnitt 48-50.

personer visse rettigheter i EØS-sammenheng var blitt inkorporert i EØS-avtalen, og da i vedlegget om etableringsretten.¹⁵⁴

Gruppe 2- og 3-reglene gjelder følgelig også fullt ut i EØS-sammenheng. EFTA-domstolens holdning synes på det hele å være at EØS-komiteéns beslutning om å innlemme direktivet i EØS-avtalen medførte en slags «EØS-renvasking» av slike regler, og avtalepartenes aksept for en *de facto* utvidelse av EØS-avtalens materielle virkeområde i tråd med enkelte trekk som fulgte av EU-borgerskap.

3.3 Bruk av andre EØS-kilder for å fylle EU-borgerskapshull

Som vi har sett i de foregående delene gir de skrevne EØS-kildene opphav til omfattende rettigheter til fri bevegelighet og opphold i EØS for både økonomisk og ikke-økonomisk aktive borgere av EU- og EFTA-statene og deres familiemedlemmer. Problemer oppstår imidlertid når EU-domstolen tolker enten EU-traktatbestemmelsene om arbeidstakere, etableringsretten eller tjenester, eller EU-sekundærlovgivning som er inntatt i EØS-avtalen, i lys av art. 20 og 21 TFEU. Og videre der EU-domstolen eventuelt hjemler konkrete rettigheter til fri bevegelighet og/eller opphold i disse bestemmelsene. Man har da naturligvis ikke de samme kildene (les: art. 20 og 21 TFEU, og EU-borgerskapskonseptet) å bygge på i EØS-sammenheng. Og homogenitet i sin tradisjonelle forståelse, som krever lik tolkning og anvendelse av (tilnærmet) like EU- og EØS-regler, forutsetter at man har EØS-regler som svarer til EU-reglene som skal gjøres gjenstand for tolkning og/eller anvendelse i det aktuelle tilfelle. Anført av EFTA-domstolen, tilsynelatende med støtte på visse punkter fra EU-domstolen, så kan det likevel være andre EØS-kilder som kan fylle slike EU-borgerskapshull som oppstår i EØS-regelverket.

3.3.1 Dynamiske tolkninger av borgerskapsdirektivet

Enkelte utfordringer vil nok ganske enkelt kunne løses gjennom dynamiske, teleologiske tolkninger av EØS-reglene, og dermed etter mer alminnelig EØS-rettslig metode. *Clauder* gjaldt eksempelvis tolkningen av borgerskapsdirektivets art. 16 og avledede oppholdsrettigheter for familiemedlemmer til pensjonerte EØS-borgere som har permanent opphold i andre EØS-stater.¹⁵⁵ Borgerskapsdirektivet hadde medført materielle endringer i bestemmelsen: Der to av direktivene som borgerskapsdirektivet erstattet tidligere stilte krav om tilstrekkelige ressurser og heldekkende helseforsikring for å utløse slike avledede rettigheter, inneholder art. 16 ingen slike vilkår.¹⁵⁶ EFTA-domstolen kom til at selv om det ikke var uttrykkelig angitt i bestemmelsens ordlyd, at retten til permanent opphold etter art. 16(1) likevel måtte tolkes slik at det ga opphav til en avledet rett til opphold for familiemedlemmer i vertsstaten.¹⁵⁷ EFTA-domstolen synes dermed å antyde ganske klart at selv om nye rettigheter i borgerskapsdirektivet godt kunne være knyttet til EU-borgerskapskonseptet som sådan, og følgelig kunne forventes å bli gitt en «EU-borgerskapstolkning» av EU-domstolen i lys av art. 20 og/eller 21 TFEU, så kunne ikke dette anses til hinder for at EFTA-domstolen kunne komme til samme forventede resultat basert på en (riktignok svært) dynamisk og teleologisk tolkning av direktivet.¹⁵⁸

I andre tilfeller, der man har konkrete avgjørelser fra EU-domstolen som bygger på borgerskapskonseptet å forholde seg til, vil kanskje dynamiske tolkninger i lys av andre regler i EØS-avtalen kunne bidra til å fylle enkelte borgerskapshull som måtte oppstå. Som tidligere nevnt gjaldt

¹⁵⁴ Avsnitt 75-80.

¹⁵⁵ For mer om detaljene i denne saken, se f.eks. T. Burri & B. Pirker, "Constitutionalization by association? The doubtful case of the European Economic Area" (2013) 32 *Yearbook of European Law* 207, 218–220.

¹⁵⁶ Art. 1 i direktiv 90/364 OJ L 180/26 13.07.1990; art. 1 i direktiv 90/365 OJ L 180/28 28.06.1990.

¹⁵⁷ E-4/11 *Clauder* [2011] EFTA Ct. Rep. 216, avsnitt 43–48.

¹⁵⁸ Nærmere om dette, se C.N.K. Franklin, "Square Pegs and Round Holes: The Free Movement of Persons Under EEA Law" (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 165.

Bidar spørsmålet om studenters rett til likebehandling på samme vilkår som vertsstatens egne borgere i adgangen til finansiell utdanningsstøtte (studielån, stipender m.m.).¹⁵⁹ EU-domstolen kom her til at det forelå en slik rett i kraft av art. 18 og 21 TFEU der studenten hadde oppnådd «a certain degree of integration» i vertsstaten, som i dette tilfelle kunne antas å være oppfylt etter tre års opphold i vertsstaten. Ifølge borgerskapsdirektivets art. 24(2), som på domstidspunktet i *Bidar* var vedtatt men ennå ikke trådt i kraft, kreves riktignok permanent oppholdsstatus for at studenter skal kunne ha rett til likebehandling hva gjelder utdanningsstøtte. Og permanent opphold forutsetter som regel 5 års sammenhengende opphold i vertsstaten.¹⁶⁰ Hvorvidt EU-domstolens avgjørelse i *Bidar* hadde vært annerledes dersom den grunnet seg i borgerskapsdirektivets art. 24 istedenfor art. 18 og 21 TFEU er imidlertid vanskelig å si med sikkerhet, all den tid domstolen har en tendens til å omgå direktivbestemmelsene som begrenser retten til likebehandling til fordel for de alminnelige reglene som forbyr diskriminering (art. 45 TFEU, eller en kombinert tolkning av art. 21 og 18 TFEU).¹⁶¹ Poenget her er uansett hvorvidt det hadde vært mulig å komme til samme tolkningsresultat som EU-domstolen i *Bidar* i EØS-sammenheng, når man ikke har art. 18 og 21 TFEU å støtte seg til. Det kan synes slik, for eksempel ved å tolke begrensningene i direktivets art. 24(2) i lys av det generelle EØS-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet som kommer til uttrykk i art. 4 EØS, som nesten ordrett tilsvarer art. 18 TFEU første punktum. Muligheten til å komme frem til samme praktiske resultat i slike saker basert på andre EØS-kilder kan ihvertfall ikke avvises uten videre.

Et annet eksempel der man har konkrete avgjørelser fra EU-domstolen som bygger på EU-borgerskapskonseptet gjelder tolkningen av kravet til 5 års kontinuerlig eller sammenhengende opphold i vertsstaten, som vilkår for retten til permanent opphold etter borgerskapsdirektivets art. 16. EU-domstolen har tolket kravet til kontinuerlig opphold relativt liberalt i lys av borgerskapskonseptet med tanke på hvilke perioder som kan inngå i denne beregningen.¹⁶² Men ifølge borgerskapsdirektivets fortale ble ikke reglene om permanent opphold introdusert kun for å «strengthen the feeling of Union citizenship», men også fordi de utgjør «a key element in social cohesion».¹⁶³ Førstnevnte målsetting er naturligvis ikke relevant ved tolkningen av bestemmelsen i EØS-sammenheng, men økt grad av «social cohesion» er et uttalt formål i både EU-traktatene og EØS-avtalen.¹⁶⁴ Dynamiske tolkninger av kravet til kontinuerlig opphold i art. 16 i EØS-sammenheng, i tråd med EU-domstolens forståelse som bygger på EU-borgerskapskonseptet, synes derfor fullt mulig å oppnå under henvisning til andre uttalte fellesformål.

Det siste, og langt på vei det mest kontroversielle eksemplet her, gjelder dynamiske tolkninger av sekundærlovgivningen etter en resultatorientert forståelse av homogenitetsprinsippet. Som nevnt har EU-domstolen ved flere anledninger fastholdt at avledete rettigheter til opphold for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere ved EU-sponsorens retur til hjemlandet etter å ha utøvd sin rett til fri bevegelighet ikke kan utledes fra borgerskapsdirektivet, men kun fra art. 20 og 21 TFEU – i hvert fall slik direktivet tolkes i sin EU-kontekst.¹⁶⁵ Direktivets art. 7 gir rett til opphold (riktignok på visse vilkår, for de som ikke defineres som arbeidstakere eller selvstendig

¹⁵⁹ C-209/03 *Bidar* ECLI:EU:C:2005:169, avsnitt 42-43 – se punkt 2.6 over.

¹⁶⁰ Borgerskapsdirektivets art. 18, med enkelte unntak hva gjelder tidligere arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende i art. 17.

¹⁶¹ Se likevel C-158/07 *Förster* ECLI:EU:C:2008:630, der EU-domstolen – uten å omgjøre *Bidar* – ser ut til å akseptere at 5 års sammenhengende opphold vil kunne kreves i visse situasjoner.

¹⁶² C-162/09 *Lassal* ECLI:EU:C:2010:592; og C-325/09 *Dias* ECLI:EU:C:2011:498.

¹⁶³ Punkt 17.

¹⁶⁴ EØS-avtalens fortale viser til målene om «reduction of (...) social regional disparities» (punkt 6), «development of the social dimension (...) in the European Economic Area» og «social progress» (punkt 11).

¹⁶⁵ Se f.eks. C-456/12 *O and B* ECLI:EU:C:2014:135; C-133/15 *Chavez-Vilchez* ECLI:EU:C:2017:354; C-89/17 *Banger* ECLI:EU:C:2018:570; C-230/17 *Altiner and Ravn* ECLI:EU:C:2018:497.

næringsdrivende) i inntil 5 år for EU- og EFTA-borgere og deres familiemedlemmer *på territoriet til en annen EØS-stat*. Privatpersonene i *Gunnarsson, Jabbi* og *Campbell* ønsket imidlertid ikke å håndheve rettigheter etter art. 7 overfor en EØS-stat som de hadde flyttet til, men snarere *mot hjemstatene sine*.¹⁶⁶ Anvendelse av homogenitetsprinsippet i sin tradisjonelle forstand (les: en tolkning av direktivet på samme måte som EU-domstolen) ville ført til en situasjon der EFTA-borgere og deres familiemedlemmer ikke hadde de samme rettighetene til fri bevegelse og opphold som EU-borgere og deres familiemedlemmer har. EFTA-domstolen søkte derfor en annen tolkningsvei med sikte på å komme frem til samme materielle utfall i disse sakene.

Kort forklart understreket EFTA-domstolen at de aktuelle avgjørelsene fra EU-domstolen kunne distingveres fra sakene den nå hadde til behandling, i lys av de ulike EU- og EØS-rettslige kontekstene som borgerskapsdirektivet skulle anvendes i.¹⁶⁷ Ifølge EFTA-domstolen måtte EU-domstolens avgjørelser leses i sin rette (EU-)rettslige kontekst, som naturligvis da omfatter EU-borgerskapskonseptet. Og siden ingen av EU-domstolens avgjørelser handlet om tolkningen av borgerskapsdirektivet i EØS-rettslig sammenheng, var de følgelig av begrenset betydning og hadde lite overføringsverdi.¹⁶⁸ EFTA-domstolen kom deretter til at direktivets art. 7, tolket i sin EØS-rettslige kontekst og i tråd med anerkjente (EØS-)metodiske prinsipper, måtte forstås slik at den kunne gi opphav til rettigheter overfor en EFTA-borgers hjemstat på samme måte som art. 21 TFEU gjør i EU-rettslig sammenheng.¹⁶⁹ Gjennom anvendelse av en innovativ, resultatorientert forståelse av homogenitetsmåling sørgte dermed EFTA-domstolen for like utfall som under EU-retten i disse sakene – til tross for at resultatene grunnet seg i forskjellige rettskilder, og selv om løsningen ganske klart gikk på bekostning av en mer tradisjonell forståelse og anvendelse av homogenitetsprinsippet. Sagt på en annen måte, behovet for å sikre like resultater i EU- og EFTA-pilaren vil i enkelte tilfeller trumfe lik tolkning og/eller anvendelse av EU- og EØS-regler, der dette synes nødvendig for å oppnå samme praktiske utfall i EU- og EØS-sammenheng. Hvorvidt det EU-rettslige prinsippet om ensartethet («uniformity») hadde vist seg like fleksibel eller lett å tøyne på synes tvilsomt.¹⁷⁰ Men EFTA-domstolens kreative tilnærming og dynamiske utvikling av homogenitetsprinsippet har vært helt avgjørende for EØS-prosjektets fortsatte suksess, ved å bidra til å dekke over de til tider ganske betydelige sprekke som har oppstått mellom EU- og EØS-retten over tid.

3.3.2 Fri bevegelse og opphold som et generelt EØS-rettslig prinsipp

En annen og uskreven EØS-rettskilde som kan brukes for å fylle enkelte EU-borgerskapsnull som måtte oppstå i EØS-sammenheng er det generelle EØS-rettslige prinsippet om fri bevegelse og opphold. I *Campbell*, indirekte under henvisning til gjentatte uttalelser av EU-domstolen angående forholdet mellom art. 45 og 21 TFEU, uttalte EFTA-domstolen at retten til fri bevegelse for arbeidstakere etter art. 28 EØS måtte anses som «a specific expression of the general right to move and reside freely within the EEA».¹⁷¹ Etableringen av et slikt generelt EØS-rettslig prinsipp kom nok som en overraskelse for de fleste, og står i sterk kontrast til EFTA-statenes mangeårige oppfatning om

¹⁶⁶ E-26/13 *Gunnarsson* [2014] EFTA Ct. Rep. 254; E-28/15 *Jabbi* [2016] EFTA Ct. Rep. 575; E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020.

¹⁶⁷ E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020, avsnitt 54-59. Se også f.eks. Ó.J. Einarsson, "Comments on Art. 31 EEA", i F. Arnesen *et al* (red.), *Agreement on the European Economic Area – a Commentary* (C.H./Beck/Hart/Nomos/Universitetsforlaget 2017), punkt 46-49.

¹⁶⁸ E-28/15 *Jabbi* [2016] EFTA Ct. Rep. 575, avsnitt 60-67; E-4/19 *Campbell* [2020] 13.05.2020, avsnitt 56-58.

¹⁶⁹ For en mer detaljert gjennomgang av sakene, se C.N.K. Franklin (fn. 137).

¹⁷⁰ C.N.K. Franklin, "Free Movement Rights in Norway", i K. Hyltén Cavallius & J. Paju (red.) *Free Movement of Persons in the Nordic States – EU Law, EEA Law, and Regional Cooperation* (Hart, 2023) 175, s. 180.

¹⁷¹ E-4/19 *Campbell* [2020] EFTA Ct. Rep. 21, avsnitt 48; C-457/12 *S. and G.* ECLI:EU:C:2014:136, avsnitt 45. Uttalelsen til EFTA-domstolen er gjentatt og bekreftet i bl.a. E-2/20 *L* [2021] 21.04.2021, avsnitt 24.

UTARBEIDET FOR UTVALGET SATT NED 6. MAI 2022 FOR Å UTREDE ERAFRINGENE MED EØS-AVTALEN OG ANDRE RELEVANTE AVTALER MED EU DE SISTE TI ÅR – VENNLIGST IKKE SITÉR UTEN TILLATELSE

at retten til fri bevegelighet og opphold under EØS-avtalen i utgangspunktet måtte anses knyttet til økonomisk aktivitet. EFTA-domstolen sa ingenting om hjemmelen for dette generelle EØS-rettslige prinsippet, som i EU-sammenheng naturligvis da utledes direkte av art. 20 og 21 TFEU. Basert på EFTA-domstolens tilnærming i andre saker, synes det imidlertid rimelig å anta at dette nye EØS-rettslige prinsippet kan anses utledet av de ulike bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet av arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenester; de mange EU-rettsaktene som er innlemmet i vedleggene til EØS-avtalen som omhandler retten til fri bevegelighet;¹⁷² og EØS-avtalens overordnede formål og struktur mer generelt.¹⁷³

Gitt EFTA-domstolens tidligere fastsettelse av flere uskrevne, generelle EØS-rettslige prinsipper for å fylle hull i EØS-avtalen – og EFTA-statenes ofte stilltiende (men noen ganger uttrykkelige) aksept for slike grep – er utviklingen her på ingen måte enestående.¹⁷⁴ At etableringen av et slikt generelt EØS-rettslig prinsipp om fri bevegelighet vil kunne bidra til å utvide EØS-avtalens virkeområde, og retten til fri bevegelighet for alle EU- og EFTA-borgere i EØS-sammenheng, synes likevel åpenbart.

EU-domstolen synes også å ha gitt en viss støtte til EFTA-domstolens etablering av dette relativt nye prinsippet. I *I.N.* utvidet EU-domstolen sin tidligere avgjørelse i *Petruhhin*, som gjaldt beskyttelse av EU-borgere mot utlevering til tredjeland på grunnlag av artikkel 18 og 21 TFEU, til en islandsk statsborger som risikerte utlevering til Russland etter å ha blitt arrestert mens han var på ferie i Kroatia.¹⁷⁵ EØS-avtalen inneholder som tidligere nevnt ingen bestemmelser som gjenspeiler EUs område for frihet, sikkerhet og rettferdighet. EU-domstolen kom likevel til at den samlede effekten av rettigheter som EFTA-borgere nyter etter EØS-avtalen, Schengen-regelverket og flere andre bi- og multilaterale avtaler mellom EFTA-statene og EU om det felles asylsystemet og den europeiske arrestordren, gjorde at situasjonen til den islandske statsborgeren i saken framstod «objectively comparable with that of an EU citizen to whom, in accordance with Article 3(2) TEU, the Union offers an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured».¹⁷⁶

Avgjørelsen til EU-domstolen var oppsiktsvekkende.¹⁷⁷ EU-domstolen understreket riktignok “[the] special relationship between the European Union, its Member States and the EFTA States, which is

¹⁷² Alle rettighetene, begrensningene og vilkårene i for eksempel borgerskapsdirektivet forutsetter faktisk eksistensen av en alminnelig rett til fri bevegelighet og opphold i annen EØS-stat for alle EU- og EFTA-borgere i EØS-området (jfr. EØS-komiteens beslutning art. 1(1)(c)), uavhengig av økonomisk aktivitet. Med mindre man derfor skulle hevde at en slik alminnelig rett kunne utledes fra direktivet alene (som med litt kreativ tolkningsvilje bør kunne være mulig), så er det kanskje et likegodt (og mulig foretrukket) alternativ å basere forutsetningen i et uskrevet, generelt EØS-rettslig prinsipp om fri bevegelighet i stedet.

¹⁷³ Nærmere om dette, se f.eks. C.N.K. Franklin & H.H. Fredriksen (fn. 124); og C.N.K. Franklin, “Free Movement Rights in Norway”, i K. Hyltén Cavallius & J. Paju (red.) *Free Movement of Persons in the Nordic States – EU Law, EEA Law, and Regional Cooperation* (Hart, 2023) 175.

¹⁷⁴ For andre eksempler på generelle EØS-rettslige prinsipper utviklet av EFTA-domstolen, se E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* [1998] EFTA Ct. Rep. 95, avsnitt 47 (statlig erstatningsansvar for EØS-rettsbrudd); E-04/01 *Karlsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 240, avsnitt 28 (EØS-konform tolkning); E-15/10 *Posten Norge v ESA* [2012] EFTA Ct. Rep. 246, avsnitt 86 (effektiv rettsbeskyttelse), E-14/11, *Schenker v ESA* [2012] EFTA Ct. Rep. 1178, avsnitt 118 flg. (offentlighetsprinsippet og dokumentinnsyn), E-26/13 *Gunnarsson* [2014] EFTA Ct. Rep. 254, avsnitt 84 (likebehandlingsprinsippet) og E-10/14 *Deveci* [2014] EFTA Ct. Rep. 1364, avsnitt 64 (Friheten til å opprette og drive egen virksomhet). For eksempler på aksept av slike uskrevne EØS-rettslige prinsipper i EFTA-statenes nasjonale domstoler, se f.eks. Norges Høyesteretts avgjørelser i HR-2005-713-A, HR-2005-1690-P, and HR-2010-2082-A; og Islands Høyesterett i bl.a. H.1999 236 and H.2010 79.

¹⁷⁵ C-182/15 *Petruhhin* ECLI:EU:C:2016:630; C-897/19 PPU *I.N.* ECLI:EU:C:2020:262.

¹⁷⁶ Avsnitt 58.

¹⁷⁷ For en mer fullstendig domsanalyse, se H.H. Fredriksen & C. Hillion, “The ‘special relationship’ between the EU and the EEA EFTA States – free movement of EEA citizens in an extended area of freedom, security and justice:

based on proximity, long-standing common values and European identity”.¹⁷⁸ Men dette var mer enn bare en ren symbolsk uttalelse. EU-domstolen sier her at andre internasjonale avtaler inngått mellom EFTA-statene og EU ikke bare kan påvirke tolkningen av EØS-avtalens innhold men også utvide EØS-avtalens materielle virkeområde. Den samlede effekten av flere ulike avtaler inngått mellom EU og EFTA-statene gir altså her opphav til spesifikke rettigheter for EFTA-statsborgere i EØS-sammenheng som grunner seg i en EU-policy som ikke finner gjenklang i EØS-avtalen.

I situasjoner der det ikke finnes noen andre konkrete og/eller mer spesifikke EØS-rettskilder som kan brukes, så vil nok det generelle EØS-rettslige prinsippet om fri bevegelse kunne bidra til å fylle en rekke forskjellige EU-borgerskapshull som måtte oppstå i EØS-sammenheng. For eksempel ved enkelte tolkninger av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel: En EU-borgerskapstolkning av art. 45 TFEU førte som vi har sett i *Collins* til en omgjøring av EU-domstolens tidligere rettspraksis.¹⁷⁹ EU-domstolen kom her til at det i lys av bestemmelsene om EU-borgerskap kunne utledes av det alminnelige prinsipp om fri bevegelse for arbeidstakere i det som er dagens art. 45 TFEU en rett til likebehandling med hensyn til økonomiske ytelser «intended to facilitate access to employment in the labour market of a Member State». ¹⁸⁰ Den samme tolkningen av art. 28 EØS synes fullt mulig i lys av det generelle EØS-rettslige prinsippet om fri bevegelse og opphold. En resultatorientert forståelse av homogenitetsprinsippet taler videre i favør av en slik løsning.

Det generelle prinsippet vil også potensielt kunne brukes for å fylle eventuelle hull som måtte oppstå ved tolkninger av sekundærlovgivningen i EU- og EØS-sammenheng. *Collins* tjener nok en gang som eksempel her, da borgerskapstolkningen i den saken gjaldt både art. 45 TFEU og enkelte bestemmelser i arbeidstakerforordningen. Dersom forordningen ikke kunne tolkes på samme måte i EØS-sammenheng, så ville arbeidssøkende ha en utvidet rett til likebehandling i adgangen til visse sosiale fordeler under EU-pilaren som ikke gjaldt gjensidig under EFTA-pilaren. Det sier seg selv at et slikt utfall vil kunne bidra til å sette press på målsettingen om å sørge for EFTA-statenes delaktighet i EUs indre marked. Et annet eksempel her gjelder EU-domstolens liberale tolkning av borgerskapsdirektivets krav til kontinuerlig opphold i fem år som vilkår for retten til permanent opphold i saker som *Lassal* og *Dias*.¹⁸¹ Her kunne nok også det generelle EØS-rettslige prinsippet (i mangel av en konkret kobling til en av de mer spesifikke rettene til fri bevegelse i den aktuelle sak) anses som en utslagsgivende tolkningsfaktor i oppnåelsen av en lik fortolkning av direktivbestemmelsen i EØS-sammenheng.

Et siste eksempel gjelder mer kontroversielle situasjoner der EU-domstolen har hjemlet selvstendige, uskrevne rettigheter til fri bevegelse og/eller opphold direkte i art. 20 og 21 TFEU, som for eksempel i *Zambrano*.¹⁸² Kunne det generelle EØS-rettslige prinsippet hjemle en avledet rett til opphold for foreldre som er tredjelandsborgere av barn som er statsborgere i en av EFTA-statene, i saker der det ikke ser ut til å være noen form for grenseskridende element, men der nektelse av opphold for foreldrene vil kunne sies å forhindre barna (om enn hypotetisk) fra å utøve sin rett til fri bevegelse og opphold i andre EØS-stater i fremtiden, ved at de da må forlate EØS-området? Det er absolutt ikke utenkelig. Men svaret på dette spørsmålet gjensstår naturligvis å se, i lys av hvordan

Ruska Federacija v I.N.” (2021) 58 *Common Market Law Review* 851; og C.N.K. Franklin, “Diffusion and Differentiation of EU norms in the EEA”, i D. Fromage (red.), (*Re-)defining Membership: Differentiation in and outside the European Union* (Oxford University Press, under publisering 2023).

¹⁷⁸ Avsnitt 50.

¹⁷⁹ C-138/02 *Collins* ECLI:EU:C:2004:172, nærmere omtalt i punkt 2.6 over.

¹⁸⁰ Avsnitt 63.

¹⁸¹ Se punkt 3.3.1, fn. 162.

¹⁸² C-34/09 *Zambrano* ECLI:EU:C:2011:124, omtalt nærmere i punkt 2.5.

prinsippet utvikles og anvendes i praksis. En alminnelig, uskreven rett til fri bevegelighet vil jo uansett aldri kunne være absolutt. Det hefter begrensninger og vilkår til denne retten i EU-sammenheng, som knytter seg til kategorisering av forskjellige persongrupper. Noen av disse er traktatfestet, mens andre er utpenslet nærmere i EU-sekundærretten – inkludert i borgerskapsdirektivet. Som Thym påpeker, «the generic right of free movement comes with strings attached (...). In short, free movement is conditional upon a certain degree of financial self-sufficiency. (...) The introduction of Union citizenship may have created an overarching status, but it did not reverse the idiosyncrasies of the different layers of free movement law».¹⁸³ Det samme bør da naturligvis også kunne antas å gjelde i EØS-sammenheng – at rettighetene i hvert fall ikke bør trekke lengre enn det som EU-domstolen har kommet til ved bruk av EU-borgerskapsreglene. Og i lys av EU-domstolens tilsynelatende tilbaketog i saker som *Dano*, *Alimanovic* og *García-Nieto*, så er det muligens ikke så mye å frykte her som EFTA-statene først kanskje har tenkt.

4. Oppsummering

Gjennomgangen viser at den rettslige og praktiske betydning av at det ikke finnes noen parallell til EUs unionsborgerskap i EØS-avtalen så langt har vært relativt begrenset. De skrevne og uskrevne EØS-kildene gir i dag opphav til omfattende rettigheter til fri bevegelighet og opphold i EØS for både økonomisk og ikke-økonomisk aktive personer.

Overgangen fra markeds- til EU-borgerskap styrket tvilløst retten til fri bevegelighet og opphold for alle EU-borgere, særlig ved at kravet til pågående, tidligere eller fremtidig økonomisk aktivitet som en grunnleggende forutsetning for (primær)retten til fri bevegelighet ble kastet av. EØS-avtalens hoveddel har imidlertid ikke blitt endret siden den trådte i kraft for snart 30 år siden, og inneholder derfor ingen regler som speiler EU-borgerskapet. Der EU-domstolen følgelig har brukt art. 20 og 21 TFEU direkte (som hjemmel for konkrete rettigheter) og indirekte (i tolkningen av andre EU-regler) til å styrke retten til fri bevegelighet og opphold for alle EU-borgere og deres familiemedlemmer, så har man ikke de samme verktøyene tilgjengelig i EØS-retten.

Men retten til fri bevegelighet og opphold står ikke bare helt sentralt i EU-borgerskapskonseptet. Den er en av hjørnesteinene i indremarkedsprosjektet, og dermed også i EØS-avtalen. Ikke-økonomisk aktive personer har også hatt visse rettigheter til fri bevegelighet og opphold i EØS-sammenheng helt siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994. Anført av EFTA-domstolen, særlig i kraft av en mer resultatorientert forståelse av homogenitetsprinsippet, har man derfor forsøkt å oppnå de samme praktiske resultatene som følger av EU-borgerskapsreglene gjennom bruk av andre EØS-kilder. Innlemmelse i EØS-avtalens vedlegg av en rekke nye/endrete sekundære EU-rettsakter som rører ved retten til fri bevegelighet og opphold har vært mye av nøkkelen til å håndtere «the widening gap» på området. Særlig viktig var innlemmelsen av borgerskapsdirektivet, som medførte en slags «EØS-renvasking» av flere regler som grunnet seg i eller kunne anses inspirert av EU-borgerskapskonseptet, og som bekreftet avtalepartenes aksept for en *de facto* utvidelse av EØS-avtalen materielle virkeområde i tråd med enkelte trekk som fulgte av EU-borgerskap. Videre vil nok det generelle EØS-rettslige prinsippet om fri bevegelighet og opphold kunne brukes ved tolkningen av EØS-avtalens hoveddel og relevante deler av sekundærlovgivningen for å fylle enkelte EU-borgerskaphull som måtte oppstå i EØS-sammenheng. Prinsippet vil potensielt også kunne brukes for å hjemle selvstendige, uskrevne EØS-rettigheter til fri bevegelighet og/eller opphold som speiler rettigheter som grunner seg i art. 20 og/eller 21 TFEU.

¹⁸³ D. Thym (fn. 11), s. 20 og 43.

UTARBEIDET FOR UTVALGET SATT NED 6. MAI 2022 FOR Å UTREDE ERAFRINGENE MED EØS-AVTALEN OG ANDRE RELEVANTE AVTALER MED EU DE SISTE TI ÅR – VENNLIGST IKKE SITÉR UTEN TILLATELSE

Rettsutviklingen på EØS-siden har utvilsomt vært svært dynamisk anlagt, og bidrar til at EFTA-statene for alle praktiske formål i dag må kunne anses som fullendte deltakere i EUs indre marked. Enkelte vil nok innvende at rettsutviklingen har gått for langt, og er mer radikal enn EØS-avtalens grunnleggende forutsetninger skulle tilsi var eller bør være mulig. Andre vil nok nøye seg med å påpeke at dette ganske enkelt er prisen som må betales for den urivaliserte, privilegerte tilgangen til EUs indre marked som EFTA-statene nyter, sett i forhold til alle andre tredjeland.

Utdrag fra Treaty on European Union (TEU)

Article 1

By this Treaty, the HIGH CONTRACTING PARTIES establish among themselves a EUROPEAN UNION, hereinafter called "the Union", on which the Member States confer competences to attain objectives they have in common.

This Treaty marks a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as openly as possible and as closely as possible to the citizen.

The Union shall be founded on the present Treaty and on the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as "the Treaties"). Those two Treaties shall have the same legal value. The Union shall replace and succeed the European Community.

(...)

TITLE II

PROVISIONS ON DEMOCRATIC PRINCIPLES

Article 9

In all its activities, the Union shall observe the principle of the equality of its citizens, who shall receive equal attention from its institutions, bodies, offices and agencies. Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.

Article 10

1. The functioning of the Union shall be founded on representative democracy.

2. Citizens are directly represented at Union level in the European Parliament.

Member States are represented in the European Council by their Heads of State or Government and in the Council by their governments, themselves democratically accountable either to their national Parliaments, or to their citizens.

3. Every citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union. Decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen.

4. Political parties at European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of citizens of the Union.

Article 11

1. The institutions shall, by appropriate means, give citizens and representative associations the opportunity to make known and publicly exchange their views in all areas of Union action.

2. The institutions shall maintain an open, transparent and regular dialogue with representative associations and civil society.

3. The European Commission shall carry out broad consultations with parties concerned in order to ensure that the Union's actions are coherent and transparent.

4. Not less than one million citizens who are nationals of a significant number of Member States may take the initiative of inviting the European Commission, within the framework of its powers, to submit any appropriate proposal on matters where citizens consider that a legal act of the Union is required for the purpose of implementing the Treaties.

The procedures and conditions required for such a citizens' initiative shall be determined in accordance with the first paragraph of Article 24 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Article 12

National Parliaments contribute actively to the good functioning of the Union:

(a) through being informed by the institutions of the Union and having draft legislative acts of the Union forwarded to them in accordance with the Protocol on the role of national Parliaments in the European Union;

(b) by seeing to it that the principle of subsidiarity is respected in accordance with the procedures provided for in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality;

(c) by taking part, within the framework of the area of freedom, security and justice, in the evaluation mechanisms for the implementation of the Union policies in that area, in accordance with Article 70 of the Treaty on the Functioning of the European Union, and through being involved in the political monitoring of Europol and the evaluation of Eurojust's activities in accordance with Articles 88 and 85 of that Treaty;

(d) by taking part in the revision procedures of the Treaties, in accordance with Article 48 of this Treaty;

(e) by being notified of applications for accession to the Union, in accordance with Article 49 of this Treaty;

(f) by taking part in the inter-parliamentary cooperation between national Parliaments and with the European Parliament, in accordance with the Protocol on the role of national Parliaments in the European Union.

Utdrag fra Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

PART TWO

NON-DISCRIMINATION AND CITIZENSHIP OF THE UNION

Article 18

Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt rules designed to prohibit such discrimination.

Article 20

1. Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.

2. Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, inter alia:

(a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States;

(b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State;

(c) the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State;

(d) the right to petition the European Parliament, to apply to the European Ombudsman, and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language.

These rights shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the Treaties and by the measures adopted thereunder.

Article 21

1. Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect.

2. If action by the Union should prove necessary to attain this objective and the Treaties have not provided the necessary powers, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt provisions with a view to facilitating the exercise of the rights referred to in paragraph 1.

3. For the same purposes as those referred to in paragraph 1 and if the Treaties have not provided the necessary powers, the Council, acting in accordance with a special legislative procedure, may adopt measures concerning social security or social protection. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament.

Article 22

1. Every citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a national shall have the right to vote and to stand as a candidate at municipal elections in the Member State in which he resides, under the same conditions as nationals of that State. This right shall be exercised subject to detailed arrangements adopted by the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament; these arrangements may provide for derogations where warranted by problems specific to a Member State.

2. Without prejudice to Article 223(1) and to the provisions adopted for its implementation, every citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a national shall have the right to vote and to stand as a candidate in elections to the European Parliament in the Member State in which he resides, under the same conditions as nationals of that State. This right shall be exercised subject to detailed arrangements adopted by the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament; these arrangements may provide for derogations where warranted by problems specific to a Member State.

Article 23

Every citizen of the Union shall, in the territory of a third country in which the Member State of which he is a national is not represented, be entitled to protection by the diplomatic or consular authorities of any Member State, on the same conditions as the nationals of that State. Member States shall adopt the necessary provisions and start the international negotiations required to secure this protection.

The Council, acting in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament, may adopt directives establishing the coordination and cooperation measures necessary to facilitate such protection.

Article 24

The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt the provisions for the procedures and conditions required for a citizens' initiative within the meaning of Article 11 of the Treaty on European Union, including the minimum number of Member States from which such citizens must come.

Every citizen of the Union shall have the right to petition the European Parliament in accordance with Article 227.

Every citizen of the Union may apply to the Ombudsman established in accordance with Article 228.

Every citizen of the Union may write to any of the institutions or bodies referred to in this Article or in Article 13 of the Treaty on European Union in one of the languages mentioned in Article 55(1) of the Treaty on European Union and have an answer in the same language.

Article 25

The Commission shall report to the European Parliament, to the Council and to the Economic and Social Committee every three years on the application of the provisions of this Part. This report shall take account of the development of the Union.

On this basis, and without prejudice to the other provisions of the Treaties, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may adopt provisions to strengthen or to add to the rights listed in Article 20(2). These provisions shall enter into force after their approval by the Member States in accordance with their respective constitutional requirements.