

**DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT**

Lovavdelingen

Arbeids- og sosialdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
15/2092

Vår ref.
15/4836 EO LIG/bj

Dato
06.07.2015

Forholdet mellom utlendingsregelverket og grenseforordningen i Schengen-regelverket

1. Innledning og bakgrunn

Vi viser til brev fra Arbeids- og sosialdepartementet 25.06.2015, hvor det bes om en vurdering av forholdet mellom utlendingsregelverket og grenseforordningen i Schengen-regelverket.

Vi forstår det slik at saken har sin bakgrunn i at flyselskapet Norwegian planlegger å flytte registreringen av langdistansefly fra irsk til norsk luftfartsregister. I den forbindelse oppstår spørsmålet om utenlandsk flypersonell som arbeider på de norskregistrerte flyene, vil være underlagt krav om oppholdstillatelse i Norge ved flyvninger til og fra norsk lufthavn. Hvorvidt det i denne situasjonen kreves oppholdstillatelse i forbindelse med arbeid, beror på forholdet mellom kravet til oppholdstillatelse etter utlendingsloven og utenlandsk flypersonells rett til innreise etter grenseforordningen vedlegg VII punkt 2.

2. Rettslige utgangspunkter

2.1 Utlendingslovens krav til oppholdstillatelse ved arbeid i riket

Det følger av utlendingsloven § 55 første ledd at:

«En utlending som akter å ta arbeid mot eller uten vederlag, eller som vil drive ervervsvirksomhet i riket, må ha oppholdstillatelse som gir rett til å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet, med mindre annet fremgår i eller i medhold av loven.»

Bestemmelsen oppstiller krav om oppholdstillatelse for å kunne ta arbeid i Norge. Bestemmelsen gjelder ikke EØS-borgere, som etter utlendingsloven § 112 første ledd bokstav a har rett til å oppholde seg i Norge i forbindelse med arbeid, jf. også EØS-arbeidstakarlova. Vilåårene for tillatelse til opphold og arbeid følger av utlendingsloven § 23 og utlendingsforskriften § 6-1 flg. Oppfyller man vilåårene, har man både rett til opphold og til arbeid. Det kreves ingen særskilt arbeidstillatelse i tillegg.

Det følger imidlertid av utlendingsloven § 5 annet ledd annet punktum at det kan gis forskrift som unntar personer fra ellers gjeldende krav om oppholdstillatelse. Slik forskriftsregulering er gitt i utlendingsforskriften § 1-1. Første ledd innledningen og bokstav h lyder:

«Følgende utlendinger som ikke har arbeidsgiver i riket, er unntatt fra kravet om oppholdstillatelse for arbeidsforhold av inntil tre måneders varighet:

...

h) personell på utenlandsk tog, luftfartøy, buss og lastebil i internasjonal trafikk,»

Etter ordlyden gjelder unntaket kun for personell på *utenlandske* fly. Det tilsier at personell på *norske* fly i internasjonal trafikk vil være underlagt hovedregelen om oppholdstillatelse for arbeidsforhold etter utlendingsloven § 55. Vi legger til grunn at flyets nasjonalitet bestemmes av hvor det er registrert.

Etter § 1-1 første ledd er det også et vilkår at utlendingen «ikke har arbeidsgiver i riket». Det vil si at både arbeidsgivers nasjonalitet og flyets registrering vil kunne medføre at flypersonell faller utenom unntaket i § 1-1 første ledd bokstav h. I vedlegg 1 til rundskriv A-2009-63 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og utlendingsforskrift understrekes det at utlendinger med arbeidstaker i riket må søke tillatelse etter arbeidstakerbestemmelsene gitt i medhold av utlendingsloven § 23. Verken skillet mellom norsk eller utenlandsk arbeidsgiver eller skillet mellom utenlandske og norske transportmidler er begrunnet utover dette. I det følgende ser vi kun hen til vilkåret om hvor flyet er registrert, og tar ikke stilling til spørsmål som kan oppstå i forbindelse med vilkåret om arbeidsgivers nasjonalitet.

Etter utlendingsloven og utlendingsforskriften har med andre ord utenlandsk personell på utenlandske fly rett til å arbeide i riket i perioder av inntil tre måneders varighet. Utenlandsk personell på norske fly må derimot søke om oppholdstillatelse i forbindelse med arbeid for å kunne oppholde seg i Norge.

2.2 Grenseforordningens regulering av innreise for flypersonell

Forordning 562/2006, grenseforordningen, regulerer innreise og grensekontroll, samt opphold av kortere varighet i Schengen-området. Forordningen er folkerettslig bindende for Norge, jf. Overenskomster med fremmede stater hefte nr. 6 2010 side 811, og er gjennomført på forskriftsnivå i norsk rett, jf. utlendingsforskriften § 4-1.

Grenseforordningen art. 5 regulerer kravene ved innreise for personer fra tredjeland, dvs. personer fra land utenfor Schengen-området, jf. grenseforordningen art. 2 nr. 6. Bestemmelsen gir rett til innreise i forbindelse med opphold som ikke varer lenger enn tre måneder per seks-måneders periode, forutsatt at personen besitter et gyldig reisedokument og eventuelt visum. Personen må videre kunne dokumentere formål og vilkår for oppholdet, samt tilstrekkelig med midler til både opphold og hjemreise. Vedkommende kan ikke være innmeldt i Schengen Information System (SIS) eller regnes som en trussel for noen av medlemsstatenes interesser.

Det følger av art. 19 at reglene i forordningens vedlegg VII gjelder for kontroll av bestemte kategorier av personer. Flypersonell er omtalt i vedlegg VII punkt 2.1:

«By way of derogation from Article 5 the holders of a pilot's licence or a crew member certificate as provided for in Annex 9 to the Civil Aviation Convention of 7 December 1944 may, in the course of their duties and on the basis of those documents

- (a) embark and disembark in the stop-over airport or the airport of arrival situated in the territory of a Member State*
- (b) enter the territory of the municipality of the stop-over airport or the airport of arrival situated in the territory of a Member State;*
- (c) go, by any means of transport, to an airport situated in the territory of a Member State in order to embark on an aircraft departing from that same airport.*

In all other cases, the requirements provided for by Article 5(1) shall be fulfilled.»

Grenseforordningen tillater med andre ord innreise på flyplasser for mellomlandinger og ankomst, reise i kommunen den aktuelle flyplassen ligger i, og reise til en flyplass for videre reise derfra. Unntaket fra art. 5 nr. 1 er (i motsetning til unntaket i utlendingsforskriften § 1-1 første ledd bokstav h) geografisk begrenset, og må skje i forbindelse med arbeidet. Det eneste vilkåret som oppstilles er at det kan fremvises enten en pilotlisens eller et flybesetningsbevis. Bestemmelsen gjelder generelt, og skiller ikke på grunnlag av hvor flyet er registrert. Unntaket er en videreføring av punkt 6.4.1 i Felleshåndboken til Schengen-avtalen (2002/C 313/02).

Et spørsmål er om grenseforordningen oppstiller en *forpliktelse* for Schengen-landene til å tillate innreise for flypersonell på nevnte vilkår, eller om den kun gir landene *adgang* til å gjøre unntak fra kravene som oppstilles i art. 5 nr. 1. Et moment som kunne tale for at grenseforordningen kun gir en slik adgang, er at hensynet bak Schengen-samarbeidet først og fremst er å oppheve de indre grensene. At de enkelte medlemslandene fører en strengere kontroll ved de ytre grensene enn det regelverket gir anvisning på, er ikke nødvendigvis i konflikt med formålet.

Flere momenter trekker imidlertid i motsatt retning. I fortalen punkt 2 og 4 understrekes det at grenseforordningen etablerer *felles* retningslinjer for kontroll av de ytre grensene. Av punkt 6 følger det at:

«Border control is in the interest not only of the Member state at whose external borders it is carried out but of all Member states which have abolished internal border control.»

Dette kan for det første forstås som at det er et felles ansvar ikke å stille *mindre* strenge krav til innreise enn det forordningen legger opp til. For det andre kan det argumenteres for at *strengere* krav til innreise i enkeltland i Schengen heller ikke er i medlemsstatenes interesse samlet sett. Dersom grenseforordningen art. 5 praktiseres svært strengt av land A, eller det oppstilles ytterligere vilkår for besøk, vil kravene i land A lett kunne omgås ved at personer som søker Schengenvisum, oppnår det ved innreise gjennom land B, og dermed likevel fritt kan reise inn i land A. For land B vil dette kunne representere en uønsket merbelastning.

Når det gjelder de konkrete unntakene i vedlegg VII, viser art. 19 at disse skal gjelde for de angitte kategoriene personer, herunder flypersonell. Det følger videre av vedlegg VII punkt 2.1 at unntaket for flypersonell gjøres i samsvar med konvensjonen om sivil luftfart (Chicago-konvensjonen) vedlegg 9. I Chicago-konvensjonen vedlegg 9 punkt 3.71 heter det at:

«Contracting states shall waive the visa requirement for arriving crew members presenting CMCs, when arriving in a duty status on an international flight and seeking temporary entry for the period allowed by the receiving state in order to join their next assigned flight in a duty status.»

Det er mest nærliggende å forstå Chicago-konvensjonen slik at den pålegger partene en *plikt* til å tillate visumfri innreise og midlertidig opphold for flypersonell som kan fremvise et flybesetningsbevis («CMC» - crew member certificate). Både det at grenseforordningen art. 19 er utformet som et pålegg til statene, samt den eksplisitte henvisning til Chicago-konvensjonen, taler for at forordningen må forstås på samme måte.

I forslaget til grenseforordning uttalte Kommisjonen følgende om innreise for flypersonell (COM (2004)391, s. 28):

«Point 1, concerning aircraft pilots and crew members, has not been substantively amended in comparison with point 6.4 of the Manual, which lays down specific arrangements - based on Annex 9 to the Civil Aviation Convention of 7 December 1944, in particular points 3.74 and 3.75 thereof - for the holders of a pilot's licence or a crew member certificate. This part has nevertheless been reworded in order to spell out very clearly the rights of this category of persons, and in particular their right, in the course of their duties and on the basis of their pilot's licence or crew member certificate - and therefore without having to hold a passport and a visa - to enter the territory of the municipality of the airport and to go to any airport situated in the territory of a Member State.»

Uttalelsen peker uttrykkelig på at flypersonell har en *rett* til innreise uten krav om pass eller visum ved fremvisning av pilotlisens eller flybesetningsbevis.

Det foreligger, så vidt vi er kjent med, ingen rettspraksis fra EU-domstolen som spesifikt omhandler unntaket for flypersonell i vedlegg VII punkt 2.1. EU-domstolen har imidlertid uttalt seg om adgangen til å oppstille ytterligere vilkår for innreise etter grenseforordningen art. 5 nr. 1 i sak C-572/12 (Air Baltic). Her avviste EU-domstolen at medlemsstatene kunne oppstille krav som ikke fremgikk av grenseforordningen om at visum måtte være festet til gyldig reisedokument. Domstolen viste til at forordningen art. 5 nr. 1 ikke kunne forstås som en minimumsliste med grunner til at statsborgere fra tredjeland kunne nektes innreise. Domstolen uttalte:

«(68) Hertil kommer, at selv om besiddelsen af et ensartet visum i henhold til visumkodeksens artikel 30 ikke i sig selv automatisk gir rett til indrejse, ville formålet om at lette den lovlige rejseaktivitet som omhandlet i denne kodeks' tredje betragtning være svækket, hvis medlemsstaterne vilkårligt kunne beslutte at nægte indrejse til en tredjelandstatsborger der er i besiddelse af et ensartet visum, ved at tilføje en betingelse for indrejse til de betingelser, der er opregnet i Schengengrænsekodeksens artikel 5, stk 1, også selv om EU-lovgiver ikke har antaget, at en sådan betingelse skulle være opfyldt for at få tilladelse til at indrejse på medlemsstaternes område (jf. analogt dom Koushkaki, EU:C:2013:862, præmis 52).

(69) Det følger heraf, at en medlemsstat ikke råder over et skøn, der giver denne mulighed for at nægte en tredjelandstatsborger indrejse på sit område ved anvendelse af en betingelse, som ikke er fastsat i Schengengrænsekodeksen.»

AirBaltic-saken dreier seg om adgangen til å stille ytterligere vilkår i forbindelse med art. 5 nr. 1, som angir *hovedregelen* for innreise i Schengen. Ut fra synspunktene som ble redegjort for over med hensyn til ordlyden i og bakgrunn for *unntaket* i vedlegg VII punkt 2.1, kan vi ikke se at det er holdepunkter for en annen tilnærming enn denne. Vi legger dermed til grunn at det ikke er adgang til å oppstille ytterligere vilkår for innreise for flypersonell enn de som følger av vedlegget.

Vi har på dette grunnlag kommet til at grenseforordningen må forstås slik at den gir flypersonell en rett til innreise på de vilkårene som følger av vedlegg VII punkt 2.1. Grenseforordningen innebærer dermed at staten er forpliktet til å tillate flypersonell innreise innenfor de rammene som følger av vedlegg VII punkt 2.1, uavhengig av om de arbeider på et norsk eller utenlandsk fly.

3. Forholdet mellom utlendingsforskriften § 1-1 og grenseforordningen

Grenseforordningen regulerer innreise og kortvarige opphold i Schengen-landene. Den legger samtidig opp til at interne grensekontroller mellom medlemslandene skal fjernes. Schengen-samarbeidet legger imidlertid ikke føringer på innvandringspolitikken til de enkelte medlemslandene. Opphold av lenger varighet og ut fra andre formål enn de kortvarige oppholdene som reguleres av grenseforordningen, er som utgangspunkt opp til medlemslandene å regulere.

Utlendingsloven og utlendingsforskriften gir internrettslig regulering både av kortvarige besøk i landet og opphold ut fra andre formål. Vilåårene for kortvarige opphold i landet følger av utlendingsloven § 10, som gir rett til «Schengenviåum». Utlendingslovens regulering av kortvarige besøk er forutsatt å være i samsvar med kravene som følger av Schengen-samarbeidet, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 403. Det kan også nevnes at det følger av utlendingsforskriften § 3-4 a at Schengenviåum ikke skal gis dersom «formålet med oppholdet er et krav om oppholdstillatelse». Dette stemmer overens med at reglene i grenseforordningen som utgangspunkt ikke gir grunnlag for opphold i forbindelse med arbeid. Utlendingsloven opererer med andre ord med et system der vilåårene for besøksviåum følger grenseforordningen, mens de øvrige grunnlagene for opphold er regulert uavhengig av denne.

Situasjonen i foreliggende tilfelle synes å være at grenseforordningen og utlendingsloven bygger på ulike tilnærminger til hvordan oppholdet som finner sted ved mellomlandinger i internasjonal flytrafikk skal karakteriseres. Grenseforordningen viser til at flypersonell i slike tilfeller skal være unntatt fra kravene i art. 5 nr. 1, og synes dermed å forutsette at oppholdet i forbindelse med mellomlandinger er å regne som *besøk*. Utlendingsforskriftens unntak for flypersonell på utenlandske fly i internasjonal trafikk er derimot oppstilt som et unntak fra kravet om oppholdstillatelse i forbindelse med *arbeid*.

Det kan argumenteres for at det også etter utlendingsloven er mest nærliggende å si at det oppholdet flypersonalet har i Norge i forbindelse med mellomlandinger, ikke kan karakteriseres som å «ta arbeid» i riket. Det forskriftsfestede unntaket fra krav om arbeidstillatelse for flypersonell på utenlandsk fly viser imidlertid at mellomlandingene i praksis er forstått som arbeid i utlendingslovens forstand. På dette punktet synes det å være en uoverensstemmelse mellom hvilke tilfeller som gir grunnlag for besøksviåum etter grenseforordningen, sett opp mot besøksviåum etter utlendingsloven. Spørsmålet er uansett om det vil være i strid med grenseforordningen vedlegg VII punkt 2 å stille vilkår utover kravet om pilotlisens eller flybesetningsbevis for innreise og opphold av den art forordningen vedlegg VII punkt 2 gjelder. Det følger av drøftelsen i punkt 2.2 ovenfor at innreise på vilåårene som er angitt i grenseforordningen, er å anse som en rettighet som innebærer en tilsvarende forpliktelse for staten. Landene i Schengen-området har dessuten forpliktet seg til å harmonisere regelverket for innreise, noe som innebærer at regelverket må forstås likt. Staten kan ikke oppstille ytterligere vilkår for innreise uten å bryte denne forpliktelsen.

Dette innebærer imidlertid *ikke* at det vil være i strid med grenseforordningen å kreve oppholdstillatelse når utenlandsk flypersonale skal ha *bosted i Norge* i forbindelse med arbeid på norske fly i internasjonal trafikk. Opphold som skjer andre steder enn på flyplass, i flyplassens kommune og i forbindelse med reise til flyplass, eller opphold som ikke skjer i forbindelse med arbeidet («in the course of their duties») faller utenfor den retten flypersonell har etter grenseforordningen vedlegg VII punkt 2.1.

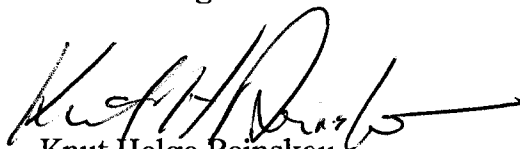
ikke skjer i forbindelse med arbeidet («in the course of their duties») faller utenfor den retten flypersonell har etter grenseforordningen vedlegg VII punkt 2.1.

Det foreligger en motstrid mellom grenseforordningen vedlegg VII punkt 2.1 og utlendingsforskriften § 1-1 første ledd bokstav h, jf. utlendingsloven § 55 og § 23. Motstriden går ut på at utlendingsregelverket krever oppholdstillatelse i forbindelse med utenlandsk flypersonells arbeid på norske fly, også der oppholdet i Norge ligger innenfor grenseforordningen vedlegg VII punkt 2.1.

Både utlendingsforskriften § 1-1 og grenseforordningen vedlegg VII punkt 2 er del av norsk rett, hvilket vil si at det dreier seg om et valg mellom to i utgangspunktet likeverdige tolkningsalternativer. Presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett i utgangspunktet skal tolkes i samsvar med landets folkerettslige forpliktelser, tilsier at man tolker regelverket i samsvar med grenseforordningens regulering av flypersonells rett til mellomlanding.

På den annen side synes adjektivet «utenlandsk» i utlendingsforskriften § 1-1 første ledd bokstav h å være valgt for å holde norske transportmidler utenfor bestemmelsen. Den forståelsen av regelverket at utenlandske besetningsmedlemmer på norske fly må ha oppholdstillatelse også for kortvarige opphold i Norge i forbindelse med arbeidet, ble understreket gjennom høringen 29.10.2012, som nettopp ikke ledet til en endring i utlendingsforskriften § 1-1. I et slikt tilfelle synes det tvilsomt hvilken vekt en kan legge på presumsjonsprinsippet selv om motstridssituasjonen den gang ikke synes klart formulert. Sett fra norsk perspektiv fremstår utlendingsforskriften § 1-1 første ledd bokstav h som mer spesifikk for det foreliggende spørsmålet enn inkorporeringen av grenseforordningen i § 4-1. For Schengen-regelverket finnes det ingen alminnelig forrangsregel, i motsetning til for EØS-regelverket, jf. EØS-loven § 2.

Med vennlig hilsen


Knut Helge Reinskou
ekspedisjonssjef


Liv Inger Gabrielsen
førstekonsulent