



DOMSTOLENS DOM

9. februar 2021*

*(Retten til fri bevegelse – Direktiv 2004/38/EF – Misbruk – Omgåelsesekteskap –
Avledede rettigheter for tredjelandborgere)*

I sak E-1/20,

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

Kerim

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE)

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

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), Per Christiansen og Bernd Hammermann, dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Marius Stub, som partsrepresentant,
- Danmarks regjering, representert ved Jakob Nymann-Lindegren, Maria Søndahl Wolff og Mads Peder Brøchner Jespersen, som partsrepresentanter,
- Polens regjering, representert ved Bogusław Majczyna, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved James Stewart Watson, Erlend Møinichen Leonhardsen, Ewa Gromnicka og Carsten Zatschler, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Clemens Ladenburger, Elisabetta Montaguti og Jonathan Tomkin, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra den norske stat, representert ved Marius Stub; ESA, representert ved James Stewart Watson, Ewa Gromnicka og Erlend Møinichen Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Clemens Ladenburger, Elisabetta Montaguti og Jonathan Tomkin, i rettsmøte 17. september 2020,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

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

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

I avtalens vedlegg VIII gjøres følgende endringer:

1) [...]

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.

b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.

c) Betegnelsen «unionsborger(e)» erstattes med betegnelsen «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene».

[...]

3 Betragtning 5, 6 og 28 i direktivet lyder:

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

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

28) For å hindre misbruk av rettigheter eller bedrageri, særlig proformaekteskap eller andre former for forhold som er inngått bare for å utnytte retten til fri bevegelighet og fritt opphold, bør medlemsstatene ha mulighet til å vedta nødvendige tiltak.

4 Direktivet artikkel 2, med overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

I dette direktiv menes med:

[...]

2. «familiemedlem»

a) ektefelle,

b) den partner som statsborgeren i EF-medlemsstatene og EFTA-statene har inngått registrert partnerskap med på grunnlag av lovgivningen i en medlemsstat, dersom registrert partnerskap i henhold til vertsstatens lovgivning er sidestilt med ekteskap, og i samsvar med vilkårene fastsatt i vertsstatens relevante lovgivning,

[...]

5 I direktivet artikkel 3, med overskriften «Berettigede personer», lyder nr. 1:

Dette direktiv får anvendelse på alle statsborgere i EF-medlemsstatene og EFTA-statene som flytter til eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den de er borger i, samt på de familiemedlemmer som definert i artikkel 2 nr. 2 som kommer sammen med eller slutter seg til dem.

6 Direktivet artikkel 30, med overskriften «Underretning om vedtak», lyder:

1. *De berørte personer skal underrettes skriftlig om alle vedtak som gjøres i henhold til artikkel 27 nr. 1, på en slik måte at de kan forstå vedtakenes innhold og følger.*

2. *De berørte personer skal motta nøyaktige og fullstendige opplysninger om de hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse som ligger til grunn for vedtaket i deres sak, med mindre det strider mot statens sikkerhetsinteresser.*

3. *Underretningen skal inneholde opplysninger om hvilken domstol eller forvaltningsmyndighet den berørte person kan inngi klage til, klagefristen og eventuelt fristen for å forlate medlemsstatens territorium. Unntatt i behørig begrunnede tilfeller skal fristen for å forlate territoriet være minst en måned fra underretningsdatoen.*

7 Direktivet artikkel 31, med overskriften «Garantier for rett saksbehandling», lyder:

1. *De berørte personer skal ha adgang til domstolsbehandling og eventuelt behandling av forvaltningsmyndighet i vertsstaten for å få overprøvd et vedtak som er gjort mot dem av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse.*

2. *Dersom klagen på et utvisningsvedtak følges av en søknad om en midlertidig beslutning om å utsette gjennomføringen av vedtaket, kan den faktiske utsendingen fra medlemsstaten ikke skje før den midlertidige beslutningen er truffet, med mindre*

- *utvisningsvedtaket bygger på en tidligere rettsavgjørelse, eller*
- *de berørte personer tidligere har hatt klageadgang, eller*
- *utvisningsvedtaket er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet i henhold til artikkel 28 nr. 3.*

3. *Klagebehandlingen skal gjøre det mulig å granske vedtakets lovlighet samt de fakta og omstendigheter som ligger til grunn for det foreslåtte tiltaket. Den skal sikre at vedtaket står i rimelig forhold til kravene fastsatt i artikkel 28.*

4. *Medlemsstatene kan nekte den berørte person opphold på sitt territorium i påvente av klagebehandlingen, men de kan ikke hindre personen i å forsvare seg personlig, unntatt når vedkommendes tilstedeværelse kan få alvorlige følger for den offentlige orden eller sikkerhet, eller når klagen gjelder nektet innreise til territoriet.*

8 Direktivet artikkel 35, med overskriften «Misbruk av rettigheter», lyder:

Medlemsstatene kan treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til dette direktiv ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap. Slike tiltak skal stå i forhold til og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i artikkel 30 og 31.¹

Nasjonal rett og praksis

9 Direktivet er innarbeidet i norsk rett ved lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven»).

¹ Norsk språkversjon av direktivet bruker «proforma», mens engelsk språkversjon bruker «marriage of convenience». I det følgende vil «marriage of convenience» omtales som «omgåelsesekteskap» bortsett fra i sitater.

10 Utlendingsloven § 40 fjerde ledd lyder:

Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.

11 Utlendingsloven § 112 første ledd lyder:

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

a) er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende,

b) skal yte tjenester,

c) råder over tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og eventuelle medfølgende familiemedlemmer og er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, eller

d) er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon. Det er et vilkår at formålet med oppholdet hovedsakelig er utdanning, herunder yrkesrettet utdanning, at vedkommende er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, og avgir en erklæring om at vedkommende har tilstrekkelige midler til å dekke underhold for seg selv og eventuelle familiemedlemmer.

12 Utlendingsloven § 113 lyder:

En EØS-borger som er familiemedlem og følger eller gjenforenes med en EØS-borger som har oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, har rett til å oppholde seg i riket så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

En EØS-borger som er ektefelle, samboer eller forsørget barn under 21 år og som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d, har rett til å oppholde seg i riket så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

Ved EØS-borgerens utreise fra riket eller død bevarer familiemedlemmer som er EØS-borgere oppholdsretten så lenge de selv oppfyller vilkårene i § 112 første ledd. Uansett bevarer EØS-borgerens barn og den personen som har foreldreansvaret, oppholdsretten så lenge barnet er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon.

Ved skilsmisse eller opphør av samboerskap bevarer familiemedlemmet til en EØS-borger oppholdsretten så lenge vedkommende selv oppfyller vilkårene i § 112 første ledd.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift om en videre oppholdsrett for personer med foreldreansvar som nevnt i tredje ledd.

13 Utlendingsloven § 114 lyder:

Bestemmelsene i § 113 første og annet ledd gjelder tilsvarende for utlendinger som ikke er EØS-borgere, dersom de er familiemedlemmer til en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller dersom de er ektefeller, samboere eller forsørget barn under 21 år som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d.

En utlending som nevnt i § 110 fjerde ledd, har oppholdsrett i mer enn tre måneder så lenge dette skjer som ledd i utøvelsen av en tjeneste eller det er nødvendig for etableringen av en virksomhet i riket. Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift.

Ved EØS-borgerens død bevarer et familiemedlem som ikke er EØS-borger, oppholdsretten hvis vedkommende har hatt opphold i riket som familiemedlem i ett år før dødsfallet og oppfyller vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c eller oppholder seg i riket som familiemedlem til en person som oppfyller vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c. Ved en EØS-borgers utreise fra riket eller død bevarer uansett EØS-borgerens barn og den personen som har foreldreansvaret, oppholdsretten så lenge barnet er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon.

Ved skilsmisse eller opphør av samboerskap bevarer EØS-borgerens familiemedlemmer som ikke er EØS-borgere, oppholdsretten så lenge de selv oppfyller vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller er familiemedlem til en person som oppfyller vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c, forutsatt at

- a) ekteskapet på separasjonstidspunktet hadde vart i tre år og herunder ett år i riket,*
- b) foreldreansvaret til barn av EØS-borgeren ved avtale eller dom er overført til ektefellen som ikke er EØS-borger,*
- c) ektefellen som ikke er EØS-borger, eller eventuelle barn har vært utsatt for vold eller andre alvorlige overgrep i ekteskapet, eller*
- d) ektefellen som ikke er EØS-borger, ved avtale eller dom utøver samvær med barn i riket.*

Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift om en videre oppholdsrett for personer med foreldreansvar eller samværsrett som nevnt i tredje og fjerde ledd, og ved opphør av samboerskap etter fjerde ledd.

14 Utlendingsloven § 120 lyder:

En utlending som ellers fyller vilkårene for oppholdsrett etter dette kapittelet, har ikke slik rett dersom det foreligger omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til eller opphold i riket etter andre bestemmelser i loven. Det samme gjelder dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning.

Registreringsbevis, oppholdskort, varig oppholdsbevis og varig oppholdskort kan tilbakekalles av grunner som nevnt i første ledd.

Registreringsbevis og oppholdskort kan tilbakekalles når registreringen av andre grunner anses ugyldig. For beslutningen om tilbakekall etter dette leddet gjelder forvaltningsloven § 35 så langt det passer.

Oppholdsdokumenter som nevnt i annet ledd, skal tilbakekalles når oppholdsretten bortfaller som nevnt i §§ 115 første ledd fjerde punktum og 116 første ledd femte punktum.

Oppholdskort skal tilbakekalles hvis en utlending som ikke er EØS-borger, får oppholdstillatelse etter lovens kapittel 3, 4, 6 eller 7. Dette gjelder ikke når utlendingen er familiemedlem til en EØS-borger.

Oppholdskort kan nektes utstedt etter bestemmelsene i §§ 118 og 119 dersom referansepersonen, jf. § 39, på forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis opphold, eller dersom det er sannsynlig at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje eller med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området.

Bestemmelsene i § 85 gjelder tilsvarende for saker etter dette kapitlet.

Utlendingsdirektoratet treffer vedtak om tilbakekall etter annet ledd.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift.

15 Utlendingsloven § 121 første ledd lyder i utdrag:

EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan bortvises når

[...]

b) de reiser inn eller oppholder seg i riket uten rett til innreise, oppholdsrett eller varig oppholdsrett etter §§ 111, 112, 113, 114, 115 eller 116, og de heller ikke har rett til innreise eller oppholdstillatelse etter lovens alminnelige bestemmelser, eller

[...]

- 16 Rundskriv nr. AI-2/2017 vedtatt av Arbeids- og sosialdepartementet (*Instruks i saker om familiegjenforening etter EØS-regelverket*), inneholder retningslinjer for vurdering av om et ekteskap mellom en EØS-borger/norsk borger og en borger fra et tredjeland er misbruk. Ifølge rundskrivet skal det aktuelle forvaltningsorgan:

I tvilssaker gjere ei konkret vurdering av mogleg misbruk av EØS-reglar, til dømes om ekteskapet er inngått med det eine formålet å oppnå rett til opphald etter EØS-reglane, noko man elles ikkje ville hatt rett til.

- 17 Rundskriv nr. GI-05/2016, vedtatt av Justis- og beredskapsdepartementet (*Instruks om behandling av saker som gjelder opphevelse av innreiseforbud for tredjelandsborgere som er omfattet av utlendingsloven kapittel 13 mv.*), fastsetter i punkt 2.1 at der en tredjelandsborger søker om opphevelse av et innreiseforbud (med hjemmel i utlendingsloven § 71 andre ledd) fra en annen EØS-stat og har fått utstedt oppholdskort i dette landet, skal det ved vurdering av søknaden i utgangspunktet legges til grunn at tredjelandsborgeren er omfattet av direktiv 2004/38.

II Faktum og saksgang

- 18 Kerim er født i Afghanistan. Han forlot landet i 2005 og oppholdt seg i Pakistan, Iran og Tyrkia før han ankom Hellas i 2008. I 2009 dro han til Romania, der han ble innvilget internasjonal beskyttelse 24. februar 2010.
- 19 Den 18. desember 2012 inngikk Kerim religiøst ekteskap med en rumensk borger. Den 21. april 2015 inngikk de borgerlig ekteskap i Bucuresti. Hans ektefelle tok etter dette etternavnet Kerim. Ekteparet ankom Norge 16. desember 2015 og registrerte seg som bosatt på en adresse i Oslo.
- 20 Den 21. februar 2016 søkte Kerim om oppholdskort som familiemedlem til en EØS-borger. Søknaden ble behandlet av Utlendingsdirektoratet (UDI) i samarbeid med politiets avsnitt for arbeids- og EØS-saker. Politiet gjennomførte intervjuer med begge ektefellene 23. september 2016, 31. mars 2017 og 10. mai 2017. Som ledd i saksbehandlingen utarbeidet politiet flere rapporter.
- 21 Utlendingsdirektoratet fattet 22. januar 2018 vedtak om avslag på søknaden om oppholdskort i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd. Utlendingsdirektoratet mente at Kerim hadde inngått ekteskapet med hovedformål om å skaffe oppholdsrett i Norge.

Etter vedtaket ble Kerim også bortvist fra Norge i medhold av utlendingsloven § 121 første ledd bokstav b. En klage på dette vedtak ble ikke tatt til følge ved vedtak i Utlendingsnemnda 1. august 2018. Utlendingsnemnda var enig med Utlendingsdirektoratet i at Kerim hadde inngått ekteskapet med hovedformål om å skaffe oppholdsrett i Norge.

- 22 Kerim begjærte vedtaket omgjort, samtidig som han tok ut søksmål mot staten v/Utlendingsnemnda med påstand om at vedtaket er ugyldig.
- 23 Ved Utlendingsnemndas beslutning 18. september 2018 ble omgjøringsbegjæringen ikke tatt til følge. Den 7. november 2018 ble Kerim uttransportert til Romania.
- 24 Under Oslo tingretts behandling av saken ble den begrenset til gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak 1. august og beslutning 18. september 2018. Oslo tingrett la til grunn at vurderingstemaet etter misbruksregelen er om retten til å nyte lovlig opphold etter direktivet er det hovedsakelige formålet med misbrukshandlingen, og at Utlendingsnemndas forståelse av unntaksregelen i utlendingsloven § 120 sjette ledd var i overensstemmelse med direktivet artikkel 35.
- 25 Under Borgarting lagmannsretts behandling av Kerims anke ble Kerim ansett kun å ha rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av Utlendingsnemndas beslutning 18. september 2018. Også Borgarting lagmannsrett la til grunn at det ikke var noen innholdsmessig forskjell på vurderingen som skal gjøres etter utlendingsloven § 120 sjette ledd, og det som følger av direktivet artikkel 35.
- 26 Borgarting lagmannsrett fant at det etter misbruksregelen ikke stilles krav om at ekteskapet alene er inngått for det formål om å oppnå opphold, men at både den nasjonale bestemmelse og EØS-bestemmelsen er ment å ramme ekteskap hvor retten til opphold er den nødvendige forutsetning for ekteskapsinngåelsen fra søkerens side, slik at retten til opphold har vært det hovedsakelige formål med ekteskapsinngåelsen.
- 27 Borgarting lagmannsrett la dermed til grunn at det etter begge regelverk er søkerens hensikt med ekteskapsinngåelsen som er det sentrale i vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap.
- 28 I den konkrete vurdering av de faktiske forhold i saken kom Borgarting lagmannsrett til at det var klart sannsynliggjort at Kerim ikke ville ha inngått ekteskapet dersom utsiktene til oppholdsrett ikke var til stede.
- 29 Kerims anke til Norges Høyesterett rettet seg mot Borgarting lagmannsretts saksbehandling og rettsanvendelse.
- 30 Ved Norges Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 9. desember 2019 ble anken fremmet for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd.

31 På denne bakgrunn har Norges Høyesterett forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

Hvilke kriterier skal legges til grunn ved vurderingen om man står overfor et proformaekteskap som rammes av misbruksregelen i direktiv 2004/38/EF artikkel 35? Det vil være nyttig om EFTA-domstolen særskilt kommenterte følgende:

- a. Har EØS-borgerens subjektive hensikt med ekteskapsinngåelsen noen betydning for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap?*
- b. Dersom tredjelandsborgerens hensikt er det sentrale for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap i direktivets forstand, kreves det at tredjelandsborgerens ønske om rett til opphold har vært den eneste formålet med ekteskapsinngåelsen, eller er det tilstrekkelig at dette har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen?*

32 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og foreslåtte svar inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

33 Saken for den anmodende domstol gjelder en søknad om oppholdsrett etter det nasjonale rettslige rammeverk vedtatt på grunnlag av direktivet. Borgarting lagmannsrett undersøkte bevisene og konkluderte med at den ankende part i hovedsaken hadde inngått ekteskap med hovedformål om å skaffe oppholdsrett, og at ekteskapet derfor var et omgåelsesekteskap.

34 De forelagte spørsmål gjelder misbruksbegrepet etter direktivet artikkel 35. Den anmodende domstol har i hovedsak bedt om veiledning med hensyn til hva som utgjør et omgåelsesekteskap i direktivets forstand. Den spør spesielt om begrepet må tolkes slik at det eneste formål med et slikt ekteskap var tredjelandsborgerens ønske om rett til opphold, eller om det er tilstrekkelig at det var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen.

35 Etter direktivet artikkel 35 kan EØS-statene nekte, oppheve eller tilbakekalle enhver rettighet gitt etter direktivet ved misbruk eller bedrageri, slik som et omgåelsesekteskap, i tråd med garantiene for rett saksbehandling. Etter direktivet er et ekteskap mellom ektefeller eller tilsvarende mellom partnere som har inngått registrert partnerskap etter direktivet artikkel 2 nr. 2. Direktivet gir ingen definisjon av omgåelsesekteskap, men uttrykket er nevnt i artikkel 35 som et eksempel på misbruk av rettigheter eller bedrageri (se også direktivet betraktning 28).

36 Direktivet artikkel 35 er et uttrykk for det generelle prinsipp om forbud mot misbruk av rettigheter. Uttrykket omgåelsesekteskap må derfor tolkes i samsvar med dette prinsipp.

Hvor familiemedlemmet som er tredjelandsborger avleder rett til innreise og opphold etter direktivet, kan den aktuelle EØS-stat bare begrense denne rett i samsvar med direktivet artikkel 27 og 35. Ethvert slikt tiltak må være forholdsmessig og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i direktivet (se sak E-4/19 *Campbell*, dom 13. mai 2020, avsnitt 69 og rettspraksis som det vises til der).

- 37 Fastsettelsen av misbruk av rettigheter etter EØS-retten er basert på en kumulativ test som kombinerer objektive og subjektive elementer. Det objektive element forutsetter at det fremgår av de konkrete omstendigheter saken gjelder at formålet med reglene ikke er oppnådd til tross for at vilkårene fastsatt i EØS-regelverket formelt sett er oppfylt. Det subjektive element krever en hensikt om misbruk for å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå denne fordel (se *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 70 og rettspraksis som det vises til der).
- 38 Det faktum at en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat, utgjør imidlertid ikke i seg selv misbruk. Slik atferd kan heller ikke utgjøre misbruk selv om ektefellen på det tidspunkt paret etablerte seg i en annen EØS-stat, ikke hadde rett til å forbli i opprinnelsesstaten (se *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 71 og rettspraksis som det vises til der).
- 39 Det subjektive element innebærer ond tro, altså en hensikt om å misbruke eller omgå bestemmelser i EØS-retten eller med urette oppnå fordeler som lovlig utnyttelse av rettigheter etter EØS-retten normalt ville ha medført, med andre ord en legitim og berettiget utnyttelse av rettigheter (jf. dommene i *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, avsnitt 57, og i *Halifax*, C-255/02, EU:C:2006:121, avsnitt 69).
- 40 Direktivets autonome begrep omgåelsesekteskap, som et eksempel på misbruk av rettigheter, må derfor innebære ond tro hos den berørte part og samtidig kunstig skape vilkårene fastsatt for å oppnå en slik fordel som innebærer at direktivets formål ikke oppnås.
- 41 Det er fast rettspraksis at den avledede rett til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger, foreligger for å sikre at EØS-borgeren effektivt kan utøve sin rett til fri bevegelighet. Formålet med og begrunnelsen for den avledede rett er basert på det faktum at å nekte dette ville gripe inn i utøvelsen av rettighetene EØS-borgere har. Derfor gir direktivet rettigheter til EØS-borgere og deres familiemedlemmer som søker å etablere eller styrke familielivet under et reelt opphold i en EØS-stat (se *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 61 til 63). Som det også fremgår av betraktning 6, er et av direktivets mål å bevare familiens enhet.
- 42 Enhver tolkning av direktivet må foretas i lys av og i tråd med grunnleggende rettigheter og friheter (jf. dommen i *O m.fl.*, C-356/11 og C-357/11, EU:C:2012:776, avsnitt 79 og 80 og rettspraksis som det vises til der). Det bør legges til at direktivet betraktning 5 knytter

familiens avledede rettigheter til EØS-borgerens frihet og verdighet, og betraktning 6 bekrefter at «å bevare familiens enhet i videre betydning» er et av målene for direktivet.

- 43 Grunnleggende rettigheter utgjør en del av EØS-rettens generelle prinsipper. EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon («EMK»), som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv, og dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol («EMD») er viktige kilder når det gjelder å fastslå omfanget av disse grunnleggende rettigheter (se forente saker E-11/19 og E-12/19 *Adpublisher AG mot J og K*, dom 10. desember 2020, avsnitt 50, og sak E-14/15 *Holship*, Sml. 2016 s. 240, avsnitt 123). I denne sammenheng må det pekes på at EØS-statene, og særlig deres domstoler, ikke bare må tolke sin nasjonale rett på en måte som er i samsvar med EØS-retten, men også har plikt til å sikre at tolkningen og anvendelsen av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, ikke kommer i konflikt med grunnleggende rettigheter som er beskyttet etter EØS-retten (jf. dommene i *B. M. M. m.fl.*, C-133/19, C-136/19 og C-137/19, EU:C:2020:577, avsnitt 33, og *O m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 78).
- 44 EFTA-domstolen peker på at også ifølge EMD «the right to respect for “family life” does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family ..., or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father..., or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established ... or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption...» (EMDs dom, *E.B. mot Frankrike*, klage nr. 43546/02, avsnitt 41 og rettspraksis som det vises til der).
- 45 EFTA-domstolen peker på at for å kunne skille et «reelt ekteskap», det vil si et ekteskap som ikke utgjør misbruk av rettigheter etter direktivet artikkel 35, fra et omgåelsesekteskap, må det sees hen til retten til respekt for privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8 (jf. dommen i *Akrich*, som omtalt over, avsnitt 58).
- 46 Ifølge fast rettspraksis må en EØS-rettslig bestemmelse som ikke viser til lovgivningen i EØS-statene for å fastslå dens betydning og virkeområde, gis en selvstendig, ensartet tolkning i hele EØS-området. Slik påpekt overfor, må omgåelsesekteskap tolkes autonomt og på en ensartet måte i samsvar med EØS-retten, og kan ikke være gjenstand for ulike tolkninger i EØS-statene (se sak E-18/11 *Irish Bank*, Sml. 2012 s. 592, avsnitt 89, og jf. dommen i *Ziolkowski og Szeja*, C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, avsnitt 32 og rettspraksis som det vises til der). I lys av ovennevnte er det nødvendig å avklare hva som utgjør et ‘reelt ekteskap’, for å kunne fastslå betydningen og virkeområdet for direktivet artikkel 35, i den grad den gjelder misbruk i sammenheng med omgåelsesekteskap.
- 47 Som Kommisjonen anfører, kjennetegnes et ekteskap inngått for å etablere eller styrke familielivet ofte av ektefellenes intensjon om sammen å skape en varig familieenhet som ektepar. Omgåelsesekteskap kjennetegnes derimot av mangelen på en slik intensjon (jf.

også avsnitt 2.2 i Kommisjonens «Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens») («Kommisjonens håndbok»). Som Kommisjonen videre anfører, er et omgåelsesekteskap ofte et ekteskap som ble inngått i fravær av et reelt forhold mellom partene, og hvor konstruksjonen er rent kunstig og ble inngått utelukkende for det formål uberettiget å oppnå en rettighet etter EØS-retten. EFTA-domstolen påpeker at ekteskap kan ha mange former, og at visse ekteskap inngås spontant av partene, uten noen betenkingstid. Slike ekteskap utgjør imidlertid ikke misbruk med mindre det hovedsakelige formål er uberettiget oppnåelse av en rettighet etter EØS-retten som en eller begge parter ikke hadde inngått ekteskapet uten.

- 48 Som Kommisjonen anfører, kan det være at et par har inngått ekteskap av et antall grunner, herunder blant annet for å etablere rett til opphold. Ettersom fordelene følger naturlig av utøvelsen av rettigheten, betyr ikke dette nødvendigvis og i alle tilfelle at ekteskapet utgjør misbruk av rettigheter.
- 49 På grunnlag av ovennevnte er et omgåelsesekteskap et ekteskap som ikke oppfyller testen på et reelt ekteskap, ettersom det representerer et kunstig etablert vilkår som en tredjelandsborger vil få en uberettiget fordel på grunnlag av. I en situasjon der det foreligger tvil om et ekteskap er reelt, bør nasjonale myndigheter bringe på det rene om minst én av ektefellene har inngått ekteskapet hovedsakelig for å oppnå en uberettiget fordel som er i strid med målene for direktivet. Dette forutsetter at det foreligger et *conditio sine qua non*, altså at det foreligger et vesentlig formål, som er en urettmessig oppnåelse av en rettighet under EØS-retten, som en eller begge parter ikke ville ha inngått ekteskapet uten, det vil i dette tilfelle si at ekteskapet ikke ville ha blitt inngått av minst én av ektefellene om det ikke hadde vært for formålet om urettmessig å oppnå avledede rettigheter til fri bevegelighet og opphold for tredjelandsborgeren. Begrepet hovedsakelig formål dekker også tilfelle der et slikt formål utgjør det eneste formål med ekteskapsinngåelsen, fordi hvor et formål er det eneste er det – nødvendigvis – også hovedformålet (jf. dommen i *Cussens m.fl.*, C-251/16, EU:C:2017:881, avsnitt 53 og rettspraksis som det vises til der).
- 50 På denne bakgrunn må svaret på den andre del av spørsmålet bli at for å kunne fastslå om det foreligger et omgåelsesekteskap etter direktivet artikkel 35, i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil om ekteskapet er reelt, er det nødvendig at de nasjonale myndigheter bringer på det rene, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, at minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelighet og opphold heller enn å etablere et reelt ekteskap.
- 51 Når det gjelder første del av det forelagte spørsmål, spør den anmodende domstol i hovedsak om vedkommende myndigheter, må undersøke EØS-borgerens subjektive hensikt med ekteskapet eller om tredjelandsborgerens subjektive hensikt er tilstrekkelig for å kunne vurdere om ekteskapet er et omgåelsesekteskap.

- 52 Det er opp til den nasjonale domstol å kontrollere i samsvar med bevisreglene i nasjonal rett, forutsatt at effektiviteten ved EØS-retten ikke undergraves, om undersøkelsen av det aktuelle ekteskap overholder kravene i EØS-retten, samtidig som garantiene for rett saksbehandling fastsatt i direktivet artikkel 31 overholdes. EFTA-domstolen kan imidlertid når det er passende komme med avklaringer for å veilede den nasjonale domstol i dens tolkning (jf. f.eks. dommene i *Halifax*, som omtalt over, avsnitt 77, og i *Cussens m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 59).
- 53 EFTA-domstolen peker på at direktivet artikkel 10 nr. 2 fastsetter en uttømmende liste over dokumenter som nasjonale myndigheter skal be ikke-EØS-borgeren om å inngi for å dokumentere en familieforbinding til EØS-borgeren med sikte på å oppnå oppholdskort, herunder dokumentasjon som beviser den ekteskapelige status. Det pekes på at tiltak som nasjonale myndigheter vedtar på grunnlag av direktivet artikkel 35 med sikte på å nekte, oppheve eller tilbakekalle en rettighet gitt etter direktivet, må baseres på en konkret undersøkelse i den enkelte sak i lys av søkerens individuelle situasjon (jf. dommen i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, EU:C:2014:2450, avsnitt 48).
- 54 Når vedkommende myndighet gjørundersøkelsen av søkerens personlige forhold, påligger det myndigheten å ta hensyn til de ulike faktorer som kan være relevante i den konkrete sak (jf. dommen i *Rahman m.fl.*, C-83/11, EU:C:2012:519, avsnitt 23).
- 55 Vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap, som beskrevet over, krever en vurdering av et komplekst sett av fakta og omstendigheter knyttet til søkerens situasjon. Det vil være nødvendig for de nasjonale myndigheter i den aktuelle EØS-stat å bringe på det rene, ved hjelp av relevante bevis, om arten av det aktuelle ekteskap ikke er reelt, og om de berørte parter har vært å inngå ekteskap hovedsakelig for urettmessig å sikre retten til fri bevegelighet og opphold for tredjelandsborgeren, eller om hensikten for begge ektefeller omfattet andre formål som var knyttet til et reelt ekteskap.
- 56 For eksempel kan det være relevant å ta hensyn til hvor lenge forholdet har vart på det tidspunkt vedkommende søker om opphold, slik Kommisjonen og ESA har understreket. Et langvarig forhold, kan ved første øyekast være et bevis for et reelt forhold. Andre elementer som kan tas i betraktning er blant annet om partene bor sammen, har barn sammen eller deler på foreldreansvaret, og sammen har seriøse langvarige forpliktelser sammen, herunder finansielle (jf. også avsnitt 4.3 og 4.4 i Kommisjonens håndbok).
- 57 Siden et reelt ekteskap, som angitt over, forutsetter god tro hos begge parter, må en erklæring fra EØS-borgeren om ekteskapets art og formålet med ekteskapsinngåelsen vurderes og tas i betraktning i den samlede vurdering. De aktuelle garantier for rett saksbehandling fastsatt i direktivet artikkel 31 nr. 3, må overholdes i forbindelse med ethvert tiltak en EØS-stat treffer for å nekte, oppheve eller tilbakekalle enhver rettighet i etter dette direktiv ved misbruk av rettigheter.

- 58 På denne bakgrunn må svaret på første del av spørsmålet bli at for å vurdere om det foreligger et omgåelsesekteskap etter direktivet artikkel 35, i tilfelle der det foreligger rimelig tvil om ekteskapet er reelt, må de faktiske forhold bringes på det rene og vurderes i sin helhet, noe som innebærer at en EØS-borgers subjektive hensikt med å inngå ekteskap med en tredjelandsborger må tas i betraktning.

IV Saksomkostninger

- 59 Omkostninger som er påløpt for Danmarks og Polens regjeringer, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. For å kunne fastslå om det foreligger et omgåelsesekteskap etter artikkel 35 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, i tilfelle hvor det er rimelig tvil om det aktuelle ekteskapet faktisk er ekte, er det nødvendig at de nasjonale myndigheter, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, finner at minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelse og opphold, heller enn for å etablere et reelt ekteskap.**
- 2. For å kunne fastslå om man står overfor et omgåelsesekteskap etter artikkel 35 i direktiv 2004/38, i tilfelle hvor det er rimelig tvil om det aktuelle ekteskapet faktisk er ekte, må de faktiske forhold bringes på det rene og vurderes i sin helhet, noe som innebærer at en EØS-borgers subjektive hensikt med å inngå ekteskap med en tredjelandsborger må tas i betraktning.**

Páll Hreinsson

Per Christiansen

Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 9. februar 2021.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President