



E-1/20-16

## RETTSMØTERAPPORT

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 for denne domstol mellom

**Kerim**

og

**Den norske stat v/Utlendingsnemnda,**

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.

### **I Innledning**

1. Ved brev 3. mars 2020, registrert ved EFTA-domstolen samme dag som sak E-1/20, fremsatte Norges høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken som står for den mellom Kerim og den norske stat v/Utlendingsnemnda.
2. Saken for den anmodende domstol gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas beslutning 18. september 2018 hvor Utlendingsnemnda opprettholdt avslag på Kerims søknad om oppholdskort på grunn av manglende oppholdsrett i Norge. Kerim er opprinnelig fra Afghanistan og er gift med en rumensk statsborger.
3. Kerim har bygget kravet om opphold i Norge på europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 7 nr. 2.

4. Den anmodende domstol opplyser at avslaget var begrunnet i at Kerims ekteskap med en rumensk borger ble ansett å være inngått med det hovedformål å skaffe ham oppholdsrett i Norge, og at det dermed var adgang til å nekte ham utstedelse av oppholdskort etter utlendingsloven § 120 sjette ledd.

## II Rettslig bakgrunn

### *EØS-rett*

5. 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, («direktivet») ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») vedlegg VIII nr. 3 og vedlegg V nr. 1 og 2 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»).

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

*I avtalens vedlegg VIII gjøres følgende endringer:*

«[...]

*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 tredjelandborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.*

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

[...]»

7. Betragtning 5, 8, 25, 26 og 28 i direktivet lyder:

*5) For at alle unionsborgere 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.*

*8) For å lette den frie bevegelighet for familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, bør personer som allerede har fått oppholdskort, unntas fra kravet om innreisevisum i henhold til rådsforordning (EF) nr. 539/2001 av 15. mars 2001 om utarbeiding av listen over tredjestater hvis borgere må ha visum når de passerer medlemsstatenes ytre grenser, og av listen over tredjestater hvis borgere er unntatt fra dette kravet [EFT 2001 L 81, s. 1], eller eventuelt den nasjonale lovgivning som får anvendelse.*

*25) Garantier for rett saksbehandling bør også angis i detalj for å sikre et sterkt vern av unionsborgeres og deres familiemedlemmers rettigheter dersom de skulle bli nektet innreise eller opphold i en annen medlemsstat, og for å sikre overholdelse av prinsippet om at myndighetene skal begrunne sine tiltak.*

*26) Under alle omstendigheter bør unionsborgere og deres familiemedlemmer som er blitt nektet innreise eller opphold i en annen medlemsstat, ha klageadgang.*

*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.*

8. Direktivet artikkel 2, som har overskriften «Definisjoner», lyder i utrag:

*I dette direktiv menes med:*

*[...]*

*2. «familiemedlem»*

*a) ektefelle,*

*[...]*

9. I direktivet artikkel 3, som har overskriften «Berettigede personer», lyder nr. 1:

*Dette direktiv får anvendelse på alle unionsborgere 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 unionsborgeren.*

10. Direktivet artikkel 7, som har overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder:

*1. Alle unionsborgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på over tre måneder dersom vedkommende*

*a) er lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten, eller*

*b) har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, samt har en sykeforsikring med full dekning i vertsstaten, eller*

*c) – er tatt opp ved en privat eller offentlig institusjon som er godkjent eller finansiert av vertsstaten på grunnlag av dens lovgivning eller administrative praksis, med hovedformål å følge et studium, herunder yrkesopprettet opplæring, og*

*– har sykeforsikring med full dekning i vertsstaten og godtgjør overfor den relevante nasjonale myndighet i form av en erklæring eller på en tilsvarende valgfri måte at vedkommende har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, eller*

*d) er familiemedlemmer som kommer sammen med eller slutter seg til en unionsborger som oppfyller vilkårene nevnt i bokstav a), b) eller c).*

*2. Oppholdsretten fastsatt i nr. 1 skal også omfatte familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, når de kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren i vertsstaten, forutsatt at unionsborgeren oppfyller vilkårene nevnt i nr. 1 bokstav a), b) eller c).*

[...]

11. Direktivet artikkel 10, som har overskriften «Utstedelse av oppholdskort», lyder:

*1. Oppholdsretten til unionsborgeres familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat, skal fastslås ved at det utstedes et dokument kalt «oppholdskort for en unionsborgers familiemedlem» senest seks måneder etter datoen da søknaden ble innlevert. Det skal umiddelbart utstedes et bevis på at søknad om oppholdskort er innlevert.*

*2. For å utstede oppholdskort skal medlemsstatene kreve at følgende dokumenter vises:*

*a) gyldig pass,*

- b) et dokument som bekrefter familietilknytning eller registrert partnerskap,*
- c) registreringsbeviset eller, i mangel av en registreringsordning, et annet bevis på opphold i vertsstaten for den unionsborgeren de kommer sammen med eller slutter seg til,*
- d) i tilfeller som omfattes av artikkel 2 nr. 2 bokstav c) og d), dokumenter som viser at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt,*
- e) i tilfeller som omfattes av artikkel 3 nr. 2 bokstav a), et dokument utstedt av vedkommende myndighet i hjemstaten eller staten personene ankommer fra, som bekrefter at de forsørges av eller er medlemmer i husstanden til unionsborgeren, eller bevis på at det foreligger alvorlige helsemessige grunner som gjør det absolutt nødvendig at unionsborgeren personlig pleier familiemedlemmet,*
- f) i tilfeller som omfattes av artikkel 3 nr. 2 bokstav b), bevis på at det foreligger et varig forhold til unionsborgeren.*

12. Direktivet artikkel 30, som har 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.*

13. Direktivet artikkel 31, som har 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.*

14. Direktivet artikkel 35, som har 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.*

#### *Nasjonal rett og praksis*

15. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven»)<sup>1</sup>

16. 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.*

17. Utlendingsloven § 110 andre ledd lyder:

*Familiemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet så lenge de følger eller slutter seg til en EØS-borger. Familiemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet dersom de følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri*

---

<sup>1</sup> Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

*bevegelse etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land.*

18. 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.*

19. 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.*

20. 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 oppfylder vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c eller oppholder seg i riket som familiemedlem til en person som oppfylder 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 oppfylder vilkårene i § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller er familiemedlem til en person som oppfylder 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.*

21. Utlendingsloven § 120 lyder:



*En utlending som ellers fyller vilkårene for oppholdsrett etter dette kapitlet, 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.*

22. Utlendingsloven § 121 første ledd lyder:

*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*

*[...]*

23. 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 proforma. Ifølge rundskrivet skal det aktuelle forvaltningsorgan:

*I tvilssaker gjere ei konkret vurdering av moglege 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.*

24. 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.

### **III Faktum og saksgang**

25. 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.

26. 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.

27. 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 parter den 23. september 2016, 31. mars 2017 og 10. mai 2017, og det ble som ledd i saksbehandlingen utarbeidet flere politirapporter.

28. Utlendingsdirektoratet fattet 22. januar 2018 vedtak om avslag på søknaden om oppholdskort i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd. Utlendingsdirektoratet mente Kerim inngikk ekteskapet med hovedformål om å skaffe oppholdsrett i Norge. I vedtaket ble Kerim også bortvist fra Norge i medhold av utlendingsloven § 121 første ledd bokstav b. En klage på dette vedtak ble ved vedtak i Utlendingsnemnda 1. august 2018 ikke tatt til følge. Utlendingsnemnda var enig med Utlendingsdirektoratet i at Kerim hadde inngått ekteskapet med hovedformål om å skaffe oppholdsrett i Norge.

29. Kerim begjærte vedtaket omgjort samtidig som han tok ut søksmål mot staten v/Utlendingsnemnda med påstand om at vedtaket er ugyldig.

30. Ved Utlendingsnemndas beslutning 18. september 2018 ble omgjøringsbegjæringen ikke tatt til følge. Den 7. november 2018 ble Kerim uttransportert til Romania.

31. Under tingrettens behandling av saken ble saken begrenset til gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak 1. august og beslutning 18. september 2018. Tingretten 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.

32. Under lagmannsrettens behandling av Kerims anke ble Kerim ansett å kun ha rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av Utlendingsnemndas beslutning 18. september 2018. Også lagmannsretten la i sin avgjørelse 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.

33. Lagmannsretten 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.

34. Lagmannsretten la dermed til grunn at det er søkerens hensikt med ekteskapsinngåelsen som er det sentrale i vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap etter begge regelverk.

35. Ved sin konkrete vurdering av de faktiske forhold i saken kom lagmannsretten til at det var klart sannsynliggjort at Kerim ikke ville ha inngått ekteskapet dersom utsiktene til oppholdsrett ikke var til stede.

36. Kerims anke til Høyesterett rettet seg mot lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse.

37. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 9. desember 2019 ble anken fremmet for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd.

38. På denne bakgrunn har Høyesterett forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

**I. 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?**

#### **IV Skriftlige innlegg**

39. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- den norske stat, representert ved Marius Stub, som partsrepresentant,
- Danmarks regjering, representert ved Jakob Nymann-Lindgren, Maria Søndahl Wolff og Mads Peder Brøchner Jespersen, som partsrepresentanter,
- Republikken 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.

#### **V Sammendrag av argumenter og skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen**

##### *Den norske stat*

40. Innledningsvis gjør den norske stat gjeldende at direktivet artikkel 35 omfatter tilfelle der hovedformålet med ekteskapsinngåelsen har vært å oppnå rett til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Etter denne forståelse bør det sentrale spørsmål bli om ekteskapet hadde blitt inngått dersom det ikke hadde vært utsikter til opphold. Staten

gjør videre gjeldende at det kan foreligge et «proformaekteskap» dersom EØS-borgeren ikke er klar over tredjelandsborgerens egentlige formål med ekteskapsinngåelsen. Den norske stat anser at dette i mange tilfelle vil være nødvendig for å legge til rette for misbruket.

41. Den norske stat anfører at det er fast rettspraksis at det ved tolkning av en EU-rettslig bestemmelse er nødvendig å vurdere ikke bare dens ordlyd, men også sammenhengen den opptrer i, og de mål som søkes oppnådd ved reglene bestemmelsen inngår i.<sup>2</sup>

42. Den norske stat viser til at direktivet artikkel 35 kun nevner «proformaekteskap». Selve bestemmelsen definerer ikke hva som utgjør et slikt ekteskap. Imidlertid gir ordlyden i artikkel 35 verdifull veiledning til hvordan den skal tolkes. Ifølge den norske stat inneholder ordlyden ingen indikasjon på at misbruksregelen kun gjelder tilfelle der hensikten om å oppnå en fordel er det eneste formål som forfølges. Bestemmelsen inneholder heller ingen indikasjon på at dette formål må deles av begge parter.

43. Den norske stat viser også til at direktivet artikkel 35 klart åpner for at medlemsstatene kan nekte rettigheter etter direktivet «ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap». Dette viser at «proformaekteskap» kun er et *eksempel* på en bredere kategori av «misbruk av rettigheter». Følgelig kan ikke begrepet «proformaekteskap» sees atskilt fra begrepet «misbruk av rettigheter». Det er en merkelapp som settes på en spesiell situasjon som oppfyller vilkårene for å utgjøre «misbruk av rettigheter».

44. Ifølge den norske stat er «misbruk av rettigheter eller bedrageri» selvstendige EU- og EØS-rettslige begreper. Det er dermed fast rettspraksis at det i EU- og EØS-retten er et generelt prinsipp om at EU-retten ikke kan påberopes når hensikten har vært misbruk eller bedrageri.<sup>3</sup> Det følger av dette at direktivet artikkel 35 er et konkret uttrykk for det generelle prinsipp som forbyr misbruk av rettigheter og bedrageri. Artikkel 35 må derfor tolkes i lys av dette prinsipp. Staten viser til at Kommisjonen i 2014 i sin «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» («håndboken») ga uttrykk for en tilsvarende oppfatning.<sup>4</sup>

45. Den norske stat anser at det er nødvendig å identifisere hvilke kriterier som kommer til anvendelse for det generelle prinsipp om at EU- og EØS-retten ikke kan påberopes når

---

<sup>2</sup> Det vises til dommene i *Merck*, 292/82, EU:C:1983:335, avsnitt 12, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243, avsnitt 44; og *Liffers*, C-99/15, EU:C:2016:173, avsnitt 14.

<sup>3</sup> Det vises til dommen i *T Danmark og Y Denmark Aps*, C-116/16 og C-117/16, EU:C:2019:135, avsnitt 70 til 74.

<sup>4</sup> Det vises til «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», SWD(2014) 284 final.

hensikten har vært misbruk eller bedrageri for å kunne vurdere hvilke subjektive kriterier som kommer til anvendelse på begrepet «proformaekteskap».

46. Den første sak der Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») eksplisitt tok opp spørsmålet om misbruk av rettigheter, er *van Binsbergen* fra 1974.<sup>5</sup> I *Kofoed*-dommen fra 2007 viste EU-domstolen eksplisitt til forbudet mot misbruk av rettigheter som et «generelt fellesskapsrettslig prinsipp».<sup>6</sup> Den norske stat fastholder at det samme gjelder for EØS-retten, og påpeker at EFTA-domstolen i *Yara International ASA* beskrev dette prinsippet som «et grunnleggende prinsipp i EØS-retten».<sup>7</sup>

47. Ifølge den norske stat har misbruksprinsippet blitt lagt til grunn på alle områder og utgjør et generelt EU- og EØS-rettslig prinsipp. Dermed endres ikke kriteriene fra ett område til et annet, og følgelig er all rettspraksis relevant.

48. Den norske stat gjør gjeldende at etablering av misbruk ifølge rettspraksis innebærer en todelt test. Først må det foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter der formålet med EU-reglene ikke har blitt oppnådd til tross for at vilkårene formelt sett er overholdt, og dernest et subjektivt element som består i en intensjon om å oppnå en fordel av EU-reglene ved kunstig å skape vilkårene som er fastsatt for å oppnå den.<sup>8</sup> Denne test tilsvarende testen både EU-domstolen og EFTA-domstolen benytter ved misbruk på andre rettsområder. Dette bekrefter at direktivet artikkel 35 må anses som en integrert del av det generelle prinsipp om misbruk av rettigheter og bør derfor tolkes i lys av dette prinsipp.

49. Den norske stat påpeker at den foreliggende sak angår den andre del av denne todelt test. Spørsmålet er om unntaket i direktivet artikkel 35 kun omfatter tilfeller der intensjonen om å oppnå en fordel er det *eneste* formål som forfølges, eller om det også omfatter tilfelle der dette er *hovedformålet* eller det grunnleggende mål.

50. Når det gjelder det subjektive element, anfører den norske stat at det følger av etablert utforming av den todelt test at den ikke krever at intensjonen om å oppnå en fordel må være det «eneste formål» («sole purpose») som forfølges. Det er tilstrekkelig at det foreligger en «intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it».

51. Den norske stat anser videre at nyere rettspraksis fra EU-domstolen uttrykkelig fastslår at det generelle prinsipp om misbruk av rettigheter ikke forutsetter at misbruk er det eneste formål som forfølges. Det er snarere tilstrekkelig at dette er det «grunnleggende mål» («essential aim»). En gransking av rettspraksis på ulike språk understøtter

---

<sup>5</sup> Det vises til dommen i *van Binsbergen*, 33/74, EU:C:1974:131, avsnitt 12 til 13.

<sup>6</sup> Det vises til dommen i *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408.

<sup>7</sup> Det vises til sak E-15/16 *Yara International ASA*, Sml. 2017 s. 434, avsnitt 49.

<sup>8</sup> Det vises til dommen i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, EU:C:2014:2450, avsnitt 54, og sak E-4/19 *Campbell*, dom av 13. mai 2020, ennå ikke i Sml., avsnitt 70.

oppfatningen om at testens subjektive krav kan være oppfylt selv om det skulle finnes ytterligere mål parallelt med det grunnleggende mål. Det vises til en rekke saker fra EU-domstolen.<sup>9</sup>

52. Ifølge den norske stat er det mot denne bakgrunn at rettspraksis om generelle prinsipp om misbruk av rettigheter gjør det klart at det er tilstrekkelig at det grunnleggende mål innebærer misbruk, og avviser uttrykkelig at det kreves noe «sole purpose».

53. Den norske stat anfører at rettspraksis om det generelle misbruksprinsipp gjør det klart at det subjektive element i den todelte test viser til formålet for selskapet eller personen som skal nyte fordel. Det forutsetter ikke at det grunnleggende mål må deles av andre, ettersom det er den som bryter loven som har misbrukshensikten. Dette gjenspeiles i EU-domstolens dom i *Cussens*, C-251/16, avsnitt 56, som sier at «objective of the transaction» må vurderes ut fra ståstedet til det selskap eller den person som har fordel av transaksjonen.

54. Videre, EU-domstolen viser i *McCarthy m.fl.*, C-202/13, avsnitt 57 til «the intention to obtain an advantage». Den norske stat understreker at det ikke er EØS-borgeren som prøver å oppnå en fordel. Dette viser at det er tredjelandsborgerens hensikt som er den avgjørende faktor.

55. Når det gjelder formålet med direktivet artikkel 35, påpeker den norske stat at betraktning 28 i direktivet fastsetter at formålet med artikkel 35 er å «hindre misbruk av rettigheter». Dette er også formålet med det generelle prinsipp om misbruk av rettigheter. Å inngå ekteskap med det *eneste* formål å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området utgjør klart misbruk av rettigheter.

56. Slik den norske stat ser det, er dette like klart dersom ekteskapet inngås med det *hovedformål* å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Dersom hovedformålet med ekteskapet er å oppnå denne rettighet snarere enn å etablere familie, synes det rimelig å betegne ekteskapet som et «proformaekteskap», også i tilfelle der økonomiske eller andre hensyn er til stede sammen med dette formål.

57. Den norske stat gjør gjeldende at en slik tolkning synes nødvendig om man ønsker å sikre direktivet artikkel 35 effektivitet og «hindre misbruk av rettigheter», og hevder det er to grunner til dette. For det første synes det ifølge den norske stat rimelig å anta at det er ganske sjelden at det *eneste* formål med en ekteskapsinngåelse er å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Når en person vurderer om han eller hun skal inngå ekteskap eller ikke, vil vedkommende formodentlig ofte også vurdere andre faktorer. Hvis dette er korrekt, vil et strengt krav om «sole purpose» gjøre virkeområdet for artikkel 35 langt snevrere enn det det underliggende formål med artikkelen tilsier. For det

---

<sup>9</sup> Det vises til dommene i *Halifax m.fl.*, C-255/02, EU:C:2006:121, avsnitt 75; *Part Service*, C-425/06, EU:C:2008:108, avsnitt 45; og *Cussens m.fl.*, C-251/16, EU:C:2017:881, avsnitt 53 og 60.

andre, hvis artikkel 35 kun omfatter tilfelle der tredjelandsborgerens eneste hensikt med å inngå ekteskapet var å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold, kunne enhver påstand om at ekteskapet er et «proformaekteskap» enkelt imøtegås ved å fastholde at ekteskapet også tjener andre formål. For utlendingsmyndighetene i medlemsstatene ville dette bli nærmest umulig å tilbakevise, ettersom spørsmålet om hvilke formål et ekteskap tjener hovedsakelig er av psykologisk karakter.

58. Den norske stat gjør også gjeldende at det ville være vanskelig å sikre direktivet artikkel 35 effektivitet og «hindre misbruk av rettigheter» om begge parter må ha som hovedformål å sikre retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Dette ville gjøre det enda vanskeligere å bevise at ekteskapet faktisk er et «proformaekteskap». Videre ville en slik tolkning innebære at et ekteskap der tredjelandsborgerens *eneste formål* er å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold, *ikke* utgjøre et «proformaekteskap» dersom EØS-borgeren forledes til å tro at dette ikke er hensikten. Denne tolkning vil i realiteten oppmuntre tredjelandsborgere til å være uærlige om sine reelle hensikter med ekteskapet, på bekostning av den uvitende EØS-borger, og ville belønne dem som lykkes med en tillatelse.

59. Den norske stat gjør gjeldende at det på side 12 i håndboken er gitt uttrykk for en tilsvarende oppfatning. Håndboken fastslår at «a marriage by deception arises when the EU spouse is deceived by the non-EU spouse to genuinely believe that the couple will lead a genuine and lasting marital life. Such a marriage is a marriage of convenience and should be tackled accordingly, with due regard to the innocence of the EU spouse. In such marriages, the EU citizen is not a willing accomplice, but a victim guilty only of good faith.»

60. Slik den norske stat ser det, viser dette klart at det ikke kan være et krav at det grunnleggende mål om å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området må være delt av begge parter. Det er tilstrekkelig at det er tredjelandsborgerens grunnleggende mål.

61. Den norske stat påpeker at betraktning 28 i direktivet synes å tilsi at direktivet artikkel 35 kun omfatter tilfelle der tredjelandsborgerens eneste formål med ekteskapsinngåelsen var å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Den norske stat påpeker videre at nevnte betraktning synes å trekke et skille mellom «proformaekteskap» på den ene side og «andre former for forhold som er inngått bare for å utnytte retten til fri bevegelighet og fritt opphold» på den annen. Den gjør gjeldende at det ut fra sammenhengen er uklart om ordene «eneste formål» («sole purpose») kun viser til «andre former for forhold», eller om det også viser til «proformaekteskap».

62. Den norske stat er av den oppfatning at det ikke er nødvendig å uttale seg endelig om dette. Det fremgår klart av betraktningen og av ordlyden i artikkel 35 i selve direktivet at denne bestemmelse er et konkret uttrykk for det generelle misbruksprinsipp. Følgelig må



betraktningen tolkes i dette lys og vil ikke under noen omstendighet kunne være mer tungtveiende enn det som følger av ordlyden og formålet med artikkel 35 lest i lys av den rettspraksis det vises til.<sup>10</sup>

63. Den norske stat gjør gjeldende at Kommisjonens håndbok, som ble utgitt i juli 2009, «on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States» (COM(2009) 313 final) ikke er rettslig bindende. I denne melding ga Kommisjonen uttrykk for det syn at «[...] abuse may be defined as an artificial conduct entered into solely with the purpose of obtaining the right of free movement and residence under Community law [...]». Etter den norske stats vurdering synes det rettslige grunnlag for dette krav å være EU-domstolens dommer i *Emsland-Stärke* og *Centros*.<sup>11</sup>

64. Imidlertid anser den norske stat at EU-domstolen ikke synes å si at direktivet artikkel 35 kun dekker tilfelle der intensjonen om å oppnå en fordel er det eneste formål som forfølges. Snarere ser den det slik at EU-domstolen sier at det subjektive element består i «the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it». Dette subjektive krav kan oppfylles både i tilfelle der intensjonen om å oppnå en fordel er det *eneste* formål som forfølges, og i tilfelle der dette er *hovedformålet*.

65. Den norske stat gjør gjeldende at Kommisjonen i sin håndbok fra 2014 gjentar og utdyper sitt syn på hva som utgjør et «marriage of convenience» og forklarer hva som menes med «sole purpose». På side 9 i håndboken fastslår Kommisjonen at «the notion of 'sole purpose' should not be interpreted literally (as being the unique or exclusive purpose) but rather as meaning that the objective to obtain the right of entry and residence must be the predominant purpose of the abusive conduct».

66. Den norske stat angir å støtte denne tolkning, som er i tråd med rettspraksis når det gjelder misbruk av rettigheter.

67. Den norske stat foreslår at spørsmålene besvares på følgende måte:

*Svar på spørsmål 1:*

*Et «proformaekteskap» i henhold til direktivet artikkel 35 er et ekteskap der hovedformålet med ekteskapsinngåelsen har vært å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. Det sentrale spørsmål er om ekteskapet ville ha blitt inngått dersom det ikke hadde vært utsikter til opphold.*

---

<sup>10</sup> Det vises til dommen i *Skatteverket*, C-647/17, EU:C:2019:195, avsnitt 32.

<sup>11</sup> Det vises til dommene i *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695; og *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126.

*Svar på spørsmål 2:*

*EØS-borgerens hensikt med ektesapsinngåelsen er ikke avgjørende ved vurderingen av om et ekteskap er et «proformaekteskap».*

*Danmarks regjering*

68. Danmarks regjering gjør gjeldende at den rettslige ramme gir EØS-statene en skjønnsmargin for å vurdere om et ekteskap er et proformaekteskap etter direktivet artikkel 35. Ved denne vurdering må man anvende de kriterier som anses som relevante i den enkelte sak, samtidig som man søker inspirasjon i de ikke-uttømmende og ikke-bindende retningsgivende kriteriene i Kommisjonens håndbok. Artikkel 35 ble inntatt i direktivet på anmodning fra EU-statene for å gjøre det klart at de – som et unntak – ved misbruk av rettigheter eller bedrageri kan nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter gitt etter direktivet. Imidlertid avklarte ikke EUs lovgivende organer begrepet misbruk av rettigheter i form av proformaekteskap, og de avklarte heller ikke hva som utgjør misbruksatferd («abusive conduct») generelt etter artikkel 35.

69. Danmarks regjering gjør videre gjeldende at betraktning 28 kun forklarer at misbruk i direktivets forstand bør forstås som en form for forhold som er inngått for det eneste formål å nyte retten til fri bevegelse og opphold. Etter dens oppfatning ligger logisk sett vekten her på formålet, som i akkurat denne sammenheng må være å nyte (eller gi) en rett til fri bevegelse som ikke ellers ville ha eksistert, mens «sole purpose» inngår i det overordnede misbruksbegrep som anvendes innenfor alle områder av EU-retten.

70. Danmarks regjering påpeker at direktivet artikkel 35 nevner proformaekteskap som et eksempel på misbruk av rettigheter. Imidlertid er ikke begrepet misbruk av rettigheter og proformaekteskap som sådan definert i denne bestemmelse; derfor må begrepet misbruk av rettigheter vurderes ved bruk av den todelte test slik den ble formulert av EU-domstolen i *McCarthy*.<sup>12</sup> Når det gjelder proformaekteskap som en form for rettighetsmisbruk, består det objektive element i et ekteskap som formelt sett oppfyller direktivets vilkår for å oppnå en avledet rett til opphold som ektefelle, mens det subjektive element består i hensikten om å oppnå en (avledet) rett til opphold ved kunstig å oppfylle vilkårene fastsatt for å oppnå den, dvs. gjennom et proformaekteskap.

71. Danmarks regjering påpeker videre at Kommisjonen i sin håndbok konkluderer med at ettersom det ikke kan pålegges eller kreves av ektepar at de skal legge frem bevis på at deres ekteskap ikke utgjør misbruk, er det de nasjonale myndigheter som har bevisbyrden for at det foreligger misbruk i form av proformaekteskap. En etterforskning kan bare finne sted når det er rimelig grunn til å betvile om et ekteskap inngått mellom en

---

<sup>12</sup> Det vises til dommen i *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 54.

tredjelandsborger og en EU-borger er reelt, til tross for at det foreligger dokumentasjon som tilsier at de er ektefeller. Ifølge Danmarks regjering har imidlertid verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen ennå hatt anledning til å tolke mer spesifikt hva som kreves for at nasjonale myndigheter skal kunne oppfylle bevisbyrden for misbruk i form av «proformaekteskap» i samsvar med begrepet «misbruk av rettigheter» i direktivet artikkel 35.

72. Videre påpeker Danmarks regjering at håndboken er ment å sikre at nasjonale myndigheters praksis baserer seg på de samme faktiske og rettslige kriterier når de skal påvise og etterforske mistenkte tilfelle av proformaekteskap – i den grad dette er mulig ut fra omstendighetene i det enkelte tilfelle – i hele Unionen, og å bidra til at EU/EØS-retten overholdes. Den gjør gjeldende, som det også er angitt i håndboken i avsnitt 4, «Operational measures within national remit», at veiledningen i håndboken er ment som en verktøykasse med løsninger som medlemsstatene kan utarbeide mer skreddersydde løsninger på grunnlag av, for eksempel tegnene som tyder på misbruk som kan utløse en etterforskning.<sup>13</sup>

73. Dette er bakgrunnen for at Danmarks regjering gjør gjeldende at nasjonale myndigheter og domstoler er gitt en skjønnsmargin for å tilpasse kriteriene, herunder – men ikke begrenset til – de ikke-uttømmende og ikke-bindende retningsgivende kriterier i håndboken fra Kommisjonen. Når det gjelder vurderingen av et mistenkt proformaekteskap, støtter Danmarks regjering i det store og hele den norske stats tilnærming, altså at det er situasjonen på det tidspunkt ekteskapet inngås som er avgjørende for vurderingen, og at det for at etterfølgende omstendigheter skal kunne tas i betraktning, må sendes inn en ny søknad.<sup>14</sup>

74. Danmarks regjering er av den oppfatning at det er dette som bør være utgangspunktet. Den understreker imidlertid at det også bør tas hensyn til etterfølgende omstendigheter, frem til det tidspunkt da det gjøres en vurdering av søknaden fra tredjelandsborgeren om oppholdskort. Dersom etterfølgende omstendigheter tilsier at ekteskapet er reelt, for eksempel at et familieliv har utviklet seg etter at de giftet seg, bør vurderingen av om vilkårene for rett til opphold er oppfylt, bare ha rettslig virkning *ex nunc*, og omvendt.

75. Med hensyn til spørsmålet om det må tas hensyn til begge ektefellers intensjon, gjør Danmarks regjering gjeldende at begge intensjoner nødvendigvis må tas i betraktning. Etter dens oppfatning er det imidlertid ikke et krav at de begge var drevet av en motivasjon om å misbruke EU/EØS-retten. Den gjør gjeldende at dette er et syn som finner støtte i håndboken. I avsnittet om grunner og motiver for proformaekteskap er det klart angitt at intensjonen til begge parter skal tas i betraktning. Det står blant annet at både EØS-borgeren og tredjelandsborgeren kan ha egne grunner for å inngå ekteskapet; for eksempel

---

<sup>13</sup> Det vises til håndboken, s. 32–33.

<sup>14</sup> Det vises til avsnitt 39 i anmodningen om rådgivende uttalelse.

økonomisk utbytte for EØS-borgeren, mens tredjelandsborgerens intensjon for å inngå ekteskapet kan være utsikter til å oppnå rett til innreise og opphold etter EU-retten.<sup>15</sup>

76. Ifølge Danmarks regjering har imidlertid den norske stat rett når den hevder at det i siste instans er tredjelandsborgerens intensjon som er den avgjørende faktor. Et sentralt spørsmål i denne sammenheng, som også anført av den norske stat, er om ekteskapet i det hele tatt ville ha blitt inngått om det ikke hadde vært for utsiktene til opphold.<sup>16</sup> Dersom det faktisk godtgjøres at utsiktene til opphold var tredjelandsborgerens motiv, og ikke å utvikle et familieliv med sikte på å fremme EØS-borgerens rett til fri bevegelighet som er det formål direktivet skal ivareta, ville dette kunne oppfylle bevisbyrden i forhold til det subjektive element i *McCarthy*-testen, dvs. den kunstige atferd.

77. Danmarks regjering gjør gjeldende at dens synspunkter er i tråd med definisjonen av «svindelekteskap» («marriage of deception»)<sup>17</sup> som en kategori proformaekteskap. Dette tilsier at begge parters personlige intensjon må tas i betraktning, men også at et ekteskap kan anses å utgjøre misbruk selv om kun tredjelandsborgeren var drevet av en motivasjon om å misbruke EU/EØS-retten.

78. Danmarks regjering slutter seg til den norske stats syn om at det ikke er et krav at tredjelandsborgerens ønske om rett til opphold var det eneste formål med ekteskapsinngåelsen. Det er tilstrekkelig at det var det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen. Ordlyden i direktivet artikkel 35 kan ikke sies å være i strid med dette synspunkt, for ordlyden klargjør ikke misbruk i form av proformaekteskap i direktivets forstand.

79. Når det gjelder ordlyden i betraktning 28, gjør Danmarks regjering gjeldende at vekten her logisk sett ligger på det faktum at formålet må være å nyte (eller gi) en rett til fri bevegelighet som ikke ellers ville ha eksistert, mens «sole purpose» inngår i det generelle misbruksbegrep. Denne logikk er i samsvar med formålet med direktivet artikkel 35, som er å hindre at det gis en rett til fri bevegelighet på grunnlag av ekteskap, dersom atferden er kunstig og motivert av en misbrukshensikt.<sup>18</sup> I et slikt tilfelle samsvarer ikke den subjektive hensikt med grunnen til at en ektefelle gis en avledet rett til opphold etter direktivet. Dette synspunkt er i samsvar med håndboken, som er utarbeidet som operasjonelle retningslinjer i tett samarbeid med EU-medlemsstatene og dermed til en viss grad gjenspeiler deres praksis.

---

<sup>15</sup> Det vises til håndboken, avsnitt 4.1, s. 33.

<sup>16</sup> Det vises til avsnitt 36 i anmodningen om rådgivende uttalelse.

<sup>17</sup> Det vises til håndboken, s. 12.

<sup>18</sup> Det vises til dommen i *McCarthy m.fl.*, som omtalt over.

80. Danmarks regjering påpeker at det i håndboken angis at begrepet «sole purpose» ikke bør tolkes som det eksklusive formål, men snarere slik at det betyr at målet om å oppnå rett til innreise og opphold må være hovedformålet med misbruksatferden.

81. Ifølge Danmarks regjering ville det fra et operasjonelt ståsted ikke kunne la seg gjennomføre å stille høyere beviskrav til nasjonale myndigheter, som har bevisbyrden for misbruk i form av et proformaekteskap. For det første kan tredjelandsborgerens hensikt med å inngå ekteskapet være tvetydig.<sup>19</sup> For det andre kreves det mer for å bevise misbruksatferd enn ønsket om en rett til opphold.<sup>20</sup> For det tredje, gitt at håndboken er utarbeidet av Kommisjonen i tett samarbeid med EU-statene, er «hovedformålet» («main purpose») sannsynligvis den norm som vanligvis legges til grunn. Videre ville dette synes som en rimelig avveining mellom hensynet til respekten for den berørte persons rettigheter og hensynet til å finne en bevisstandard som respekterer den berørte stats rettslige interesse av å bringe på det rene om et ekteskap er proforma, for å avslutte ulovligheten, som er et anerkjent mål begrunnet i hensynet til den offentlige orden.

82. Etterforskning av et ekteskap kan bare finne sted når det foreligger rimelig grunn til å betvile at det er reelt.<sup>21</sup> Videre kan statene som angitt i direktivet artikkel 35, bare treffe forholdsmessige tiltak, samtidig som garantiene for rett saksbehandling må overholdes. Alt dette burde sikre enkeltpersonen et tilstrekkelig rettssikkerhetsnivå. Av disse grunner bør dagens terskel ikke heves.

83. Av ovennevnte grunner foreslår Danmarks regjering at spørsmålene besvares på følgende måte:

*Innenfor den relevante rettslige ramme, og dermed i samsvar med EØS-retten, har EØS-statene en skjønnsmargin for å tilpasse kriteriene for å identifisere proformaekteskap.*

- a) For å kunne identifisere et proformaekteskap etter artikkel 35 i direktiv 2004/38/EF er både EØS-borgerens og tredjelandsborgerens hensikt med ekteskapsinngåelsen av betydning; imidlertid er den sentrale faktor og den nødvendige forutsetning for å anvende artikkel 35 at tredjelandsborgerens intensjon ved inngåelsen av ekteskapet med en EØS-borger var å oppnå en avledet rett til opphold.*
- b) I denne sammenheng er det tilstrekkelig at tredjelandsborgerens hovedformål med å inngå ekteskapet var å oppnå en avledet rett til opphold.*

---

<sup>19</sup> Det vises til Kerims argumenter, som sitert i anmodningen om rådgivende uttalelse, avsnitt 34. Det vises også til håndboken, avsnitt 4.

<sup>20</sup> Det vises til melding fra Kommisjonen til Europaparlamentet og Rådet om veiledning til bedre innarbeiding og anvendelse av direktiv 2004/38 (COM(2009) 313 final) om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (COM(2009) 313 final) («2009-veiledningen»).

<sup>21</sup> Det vises til håndboken, s. 28.

### *Republikken Polen*

84. Republikken Polen anfører at EU-domstolen i sin dom i *Emsland-Stärke*<sup>22</sup> utformet en test for å kunne bringe på det rene om et gitt tilfelle av atferd utgjør misbruk. Testen består av en kombinasjon av et objektive og et subjektive element. Det objektive kriterium er at «despite formal observance of the conditions laid down by the Community rules, the purpose of those rules has not been achieved», mens det subjektive element består i «the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it». Når begge vilkår er oppfylt bør ikke fordelen som springer ut av EU- (EØS-) retten gis til den person som søker om å oppnå den.

85. Polens regjering gjør gjeldende at det bør skilles mellom begrepet misbruk av rettigheter og bedrageri.<sup>23</sup> Misbruk av rettigheter innebærer atferd hvis eneste formål er å dra nytte av fri bevegelse og opphold i EØS-området, og som formelt sett overholder bestemmelsene i EØS-retten, men som ikke er i samsvar med disse bestemmelers formål.<sup>24</sup> Bedrageri er sannsynligvis begrenset til forfalskning av dokumenter eller uriktige opplysninger om et faktisk forhold som er relevant for vilkårene som er knyttet til retten til opphold.<sup>25</sup> Misbruksatferden må finne sted i den hensikt å oppnå retten til fri bevegelse og opphold etter EØS-retten. I tilfelle av proformaekteskap representeres misbrukskarakteren ved ektefellens (eller ektefellenes) onde tro forut for og på det tidspunkt han/hun inngår ekteskap.

86. Polens regjering anfører videre at ettersom EØS-retten ikke kan påberopes i tilfelle av misbruk,<sup>26</sup> gir direktivet artikkel 35 medlemsstatene mulighet til å treffe effektive og nødvendige tiltak for å bekjempe misbruk og bedrageri på de områder som omfattes av det materielle virkeområde for EØS-retten om fri bevegelse for personer. Som EU-domstolen la til grunn, vil det foreligge misbruk dersom de bekvemmeligheter EU- (EØS-) retten gir vandrearbeidere og deres ektefeller, kunne påberopes i forbindelse med proformaekteskap som blir inngått for å omgå bestemmelsene om innreise og opphold for borgere av tredjestater.<sup>27</sup> Under slike omstendigheter har medlemsstatene rett til å treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter gitt etter direktivet. Ethvert slikt tiltak må være forholdsmessig og i tråd med garantiene for rett saksbehandling fastsatt i direktivet.<sup>28</sup> EU-domstolen har også lagt til grunn at enhver ikke-EU- (ikke-EØS-

---

<sup>22</sup> Det vises til dommen i *Emsland-Stärke*, som omtalt over, avsnitt 52 og 53.

<sup>23</sup> Det vises til håndboken.

<sup>24</sup> Det vises til dommene i *Emsland-Stärke*, som omtalt over, avsnitt 52; og *Centros*, som omtalt over, avsnitt 25.

<sup>25</sup> Det vises til dommene i *Kol*, C-285/95, EU:C:1997:280; og *Gloszczuk*, C-63/99, EU:C:2001:488.

<sup>26</sup> Det vises til dommen i *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, avsnitt 57.

<sup>27</sup> Samme sted.

<sup>28</sup> Det vises til dommen i *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, og dommen i *Metock m.fl.*, C-127/08, EU:C:2008:449, avsnitt 75.

) borger som er gift med en EU- (EØS-) borger, og som hevder å omfattes av direktiv 2004/38/EF, skal ha de minstegarantier for rett saksbehandling som er fastsatt i dette direktiv.

87. Når det gjelder begrepet eneste formål, anfører Polens regjering at det av direktivets ordlyd kan slutes at et proformaekteskap er et ekteskap som er inngått for det eneste formål å nyte retten til fri bevegelighet og opphold. Det er derfor nødvendig å definere betydningen av «eneste formål» i denne sammenheng. Som Kommisjonen har påpekt i sin håndbok, er begrepet «eneste formål» («sole purpose») et selvstendig begrep i EU- (EØS-) retten, og det må tolkes på bakgrunn av EU- (EØS-) retten, idet det primært tas hensyn til formålet med dette begrep i den bredere kontekst av den grunnleggende frihet til å flytte og bekjempelsen av misbruk.<sup>29</sup>

88. Polens regjering påpeker at Kommisjonen også har forklart at et ekteskap ikke kan anses som et proformaekteskap bare fordi det medfører en innvandringsmessig fordel, som for eksempel retten til et bestemt etternavn, stedsrelaterte ytelser, skattefordeler eller rett til sosialbolig for gifte par. Derfor bør begrepet «sole purpose» ikke forstås bokstavelig (som det eneste eller eksklusive formål), men snarere som at målet om å oppnå retten til innreise og opphold må være hovedformålet med misbruksatferden. Det synes som om dette var situasjonen som oppsto i den foreliggende sak ettersom det ble godtgjort av norske utlendingsmyndigheter at den ankende part ikke ville ha inngått ekteskap om det ikke hadde vært noen utsikt til å oppnå oppholdstillatelse for ektefellen til EØS-borgeren. Derfor er det, når man skal vurdere om ekteskapet er et proformaekteskap, tilstrekkelig å godtgjøre at tredjelandsborgerens ønske om å oppnå oppholdstillatelse var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen, slik at det forelå ond tro fra hans/hennes side forut for og på det tidspunkt ekteskapet ble inngått.

89. Polens regjering forstår det første spørsmål slik at det søker å bringe på det rene om EØS-borgerens subjektive hensikt med å inngå ekteskap har noen betydning for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap.

90. Polens regjering er av den oppfatning at EØS-borgerens objektive hensikt med å inngå ekteskapet i god tro ikke er av avgjørende betydning for om ekteskapet er et proformaekteskap. Et reelt ekteskap er et ekteskap som begge ektefeller har inngått i god tro. Derfor kan et ekteskap ikke anses som reelt om den andre ektefelle som ikke er EØS-borger, er ledet av ond tro – det vil si at hans/hennes hovedformål er å misbruke direktivets bestemmelser.

91. Som Kommisjonen har nevnt i sin håndbok, har en ektefelle som er EØS-borger, i en situasjon der ekteskapet er inngått som følge av bedrageri, blitt lurt av en ektefelle som er tredjelandsborger, idet han/hun oppriktig tror at dette forhold vil føre til et reelt, varig ekteskapelig samliv. Et slikt ekteskap er også et proformaekteskap, som bør håndteres

---

<sup>29</sup> Det vises til håndboken, s. 10.

tilsvarende, idet det tas behørig hensyn til at EØS-ektefellen er uskyldig. I et slikt ekteskap er en EØS-borger ikke en frivillig medskyldig, men et offer som kun er skyldig i godtroenhet.<sup>30</sup>

92. Republikken Polen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

*For å vurdere om man står overfor et proformaekteskap som rammes av misbruksregelen i direktiv 2004/38/EF artikkel 35, er det tilstrekkelig å bringe på det rene at ønsket om å oppnå retten til innreise og opphold var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen – men ikke nødvendigvis det eksklusive formål.*

*EØS-borgerens subjektive hensikt med å inngå ekteskap endrer ikke det faktum at ekteskapet ikke kan anses som reelt dersom tredjelandsborgeren har inngått det i ond tro.*

*I et slikt tilfelle er det tilstrekkelig at tredjelandsborgerens ønske var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen.*

ESA

93. Innledningsvis understreker ESA at direktivets overordnede formål er å regulere, legge til rette for og fremme fri bevegelighet for EØS-borgerne mellom EØS-statene, uten hensyn til om de er økonomisk aktive eller ikke, og for deres familiemedlemmer, uten hensyn til deres statsborgerskap. Videre kan bestemmelsene i direktivet, ut fra dets sammenheng og mål, ikke tolkes snevert, og de må ikke under noen omstendighet fratras sin effektivitet.<sup>31</sup> De rettigheter som familiemedlemmer gis, særlig familiemedlemmer fra tredjestater, må sees i forhold til den primære rett EØS-borgeren som de er i familie med, har. Disse gis nærmere bestemt ut fra den forutsetning at om det ikke hadde vært mulig for EØS-borgerens familiemedlemmer å komme sammen med denne eller slutte seg til denne, ville dette kunne hindre vedkommendes mulighet til faktisk å kunne utøve sin rett til å flytte.<sup>32</sup> Følgelig er en tredjelandsborgers rett til å ferdes fritt mellom og oppholde seg i andre EØS-stater avledet fra deres status som familiemedlemmer av en EØS-borger som har utøvd sine rettigheter etter direktivet.<sup>33</sup>

94. Ifølge ESA viser de gunstige vilkårene at rettighetene gitt ved direktivet ment å skulle benyttes. I prinsippet er intensjonene til en EØS-borger som bestemmer seg for å flytte til og oppholde seg i en annen EØS-stat i denne sammenheng uvesentlige. Selv om

---

<sup>30</sup> Samme sted, s. 12.

<sup>31</sup> Det vises til dommene i *Metock m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 84; *Coman m.fl.*, C-673/16, EU:C:2018:385, avsnitt 39; og *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 32.

<sup>32</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 61.

<sup>33</sup> Samme sted.



EØS-borgere bevisst søker å sette seg i en situasjon der de kan benytte seg av rettighetene de er gitt ved direktivet, utgjør ikke dette i seg selv misbruk, som EFTA-domstolen påpekte i *Campbell*.<sup>34</sup> Dette skyldes at utøvelsen av disse rettigheter legger til rette for fri bevegelse for personer, som er en av de grunnleggende friheter i EØS-området og et sentralt mål for EØS-avtalen.<sup>35</sup>

95. ESA peker på at EFTA-domstolen i den anførsel det vises til i det ovenstående avsnitt, ikke spesifiserte hvem som kan få rett til opphold i situasjonen som bevist oppsøkes av en EØS-borger. Etter ESAs oppfatning kan dette innebære at et familiemedlem fra et land utenfor EØS-området omfattes. Den avledede rett et slikt familiemedlem gis kan derfor nytes på samme måte av dette familiemedlem uten at forholdet utgjør misbruk. Videre er det ingenting i ordlyden i direktivet artikkel 35, som viser til «rettigheter i henhold til» direktivet, som tilsier at avledede rettigheter for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere, skal behandles annerledes enn EØS-borgeres direkte rettigheter.

96. ESA gjør gjeldende at det sentrale spørsmål er hvor skillet mellom legitim utnyttelse av rettighetene i direktivet og misbruk av disse rettigheter går, eller hvordan dette skille skal trekkes. I denne sammenheng påpeker ESA at EFTA-domstolen, også i *Campbell*, bemerket at rettighetene til innreise og opphold bare kan begrenses i samsvar med direktivet artikkel 27 og 35, og at ethvert slikt tiltak må være forholdsmessig og underlagt de garantier for rett saksbehandling som er fastsatt i direktivet.<sup>36</sup>

97. I tråd med det som har vært fast rettspraksis i lang tid både fra EFTA-domstolen og EU-domstolen, må alle unntak fra de grunnleggende friheter som er gitt ved EU-traktatene og EØS-avtalen tolkes strengt.<sup>37</sup> Selv om dette har vært lagt eksplisitt til grunn når det gjelder grunnene oppført i direktivet artikkel 27,<sup>38</sup> bør dette etter ESAs syn også gjelde for artikkel 35, som både EFTA-domstolen og EU-domstolen viser til sammen med artikkel 27 i betraktningen det vises til over. Denne snevre tolkning gjelder både omfanget av begrepet «misbruk» og parameterne for anvendelse av denne bestemmelse. I dette perspektiv er misbruk av rettigheter etter artikkel 35 et snevert unntak som må anvendes bare i sjeldne tilfelle.

98. Et annet moment som taler i denne retning, er at EØS-statene ikke kan vedta regler som vil kunne true oppnåelsen av et direktivs formål og dermed frata det dets effektivitet.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Samme sted, avsnitt 71.

<sup>35</sup> Det vises til EØS-avtalen betraktning 5.

<sup>36</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 69; og dommene i *Metock m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 74, 75 og 95; og *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 45.

<sup>37</sup> Det vises til dommene i *Bajratari*, C-93/18, EU:C:2019:809, avsnitt 50; og *Coman m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 44.

<sup>38</sup> Det vises til sak E-15/12 *Wahl*, Sml. 2013 s. 534, avsnitt 83; og *K. mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-331/16, EU:C:2018:296 og *H.F. mot Belgische Staat*, C-366/16, EU:C:2018:296, avsnitt 40.

<sup>39</sup> Det vises til *Wahl*, som omtalt over, avsnitt 54.

Anvendelsen av et for bredt misbruksbegrep vil nettopp kunne ha en slik virkning. På samme måte må administrativ praksis av dagens regler også følge samme logikk.

99. Når det gjelder parameterne for anvendelse av artikkel 35, gjør ESA gjeldende at ikke bare innebærer en snever tolkning at prinsippet om forholdsmessighet og garantier for rett saksbehandling overholdes, det innebærer også at bevisbyrden påhviler myndighetene i de EØS-stater som søker å begrense rettigheter etter direktivet. Det er de nasjonale myndigheter og nasjonale domstoler som må bevise om det foreligger misbruk i den enkelte sak, og bevis for dette må føres i samsvar med reglene i nasjonal lovgivning, forutsatt at effektiviteten ved EØS-retten ikkeundergraves.<sup>40</sup>

100. En annen implikasjon ved en snever tolkning av denne bestemmelse er at «[e]nhver vurdering av bedrageri eller misbruk som foretas av en nasjonal domstol, må være individuell».<sup>41</sup> Innholdsmessig må omfanget av begrepet «misbruk» også defineres strengt. ESA er av den oppfatning at det samme nødvendigvis er tilfelle når det gjelder begrepet «proformaekteskap», som er brukt som en illustrasjon på «misbruk» i direktivet artikkel 35. For å fastsette kriteriene for vurdering av om et ekteskap faktisk er et «proformaekteskap» etter denne bestemmelse, er det først nødvendig å vurdere omfanget av begrepet «misbruk».

101. ESA gjør gjeldende at de europeiske domstoler til nå ikke har angitt detaljerte kriterier for vurderingen av om en viss aktivitet, situasjon eller atferd utgjør «misbruk» etter direktivet artikkel 35. Ikke desto mindre følger det av rettspraksis om begrepet «misbruk» generelt at det må gjøres en todelt test. For det første må staten vise at en kombinasjon av objektive omstendigheter er til stede, der «despite formal observance of the conditions laid down by the EEA rules, the purpose of those rules has not been achieved». For det andre må staten vise at det foreligger et «subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it».<sup>42</sup>

102. ESA understreker at det ikke er opp til nasjonale domstoler, når de vurderer utøvelsen av en rettighet etter EØS-retten, «to alter the scope of that provision or to compromise the objectives pursued by it».<sup>43</sup> Dette kravet må være førende for nasjonale domstoler når de anvender testen.

---

<sup>40</sup> Det vises til dommene i *Emsland-Stärke*, som omtalt over, avsnitt 54; og *Oulane*, C-215/03, EU:C:2005:95, avsnitt 56.

<sup>41</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 72.

<sup>42</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 70; og til dommene i *O. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* og *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B. («O og B»)*, C-456/12, EU:C:2014:135, avsnitt 58; og *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 54.

<sup>43</sup> Det vises til dommen i *McCarthy m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 114.

103. ESA gjør gjeldende at denne todelte test gir en metode for å strukturere undersøkelsen av de relevante faktorer i den enkelte sak. Det er også viktig å understreke at testen er kumulativ i den forstand at staten må vise at både det objektive og det subjektive aspekt ved testen må være oppfylt. Dermed kan den todelte test åpne for bruk av for eksempel tilstrekkelig robust statistisk dokumentasjon som utgangspunkt for en etterforskning med sikte på å fastslå om et ekteskap er reelt. Imidlertid må slik kontekstuell informasjon suppleres med bevis på subjektive faktorer som viser at det ikke bare har foreligget misbruk av rettigheter i mange sammenlignbare situasjoner,<sup>44</sup> men – og dette er enda viktigere – også at særlige subjektive elementer foreligger i den aktuelle sak, som etter en konkret vurdering av alle relevante individuelle faktorer, har gjort det tilstrekkelig klart at det forelå en intensjon om å omgå regelverket. Disse omgåelser kan gi seg uttrykk i oppnåelse av en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape vilkårene fastsatt for å oppnå den.

104. ESA understreker at tilstedeværelsen av det subjektive element dermed er nødvendig for å unngå å tilsidesette selve innholdet i EØS-borgernes grunnleggende og individuelle rett «to move and reside freely within the territory of the Member States and of the derived rights enjoyed by those citizens' family members who are not nationals of a Member State».<sup>45</sup> Motsetningsvis understreker det faktum at det ikke er tilstrekkelig å vise at det foreligger subjektive elementer – idet det også kreves objektive omstendigheter – at de aktuelle rettigheter bare kan nektes i unntakstilfelle.

105. ESA poengterer at dette er en streng test, noe som også understreker at misbruksbegrepet etter direktivet artikkel 35 er snevert. I denne sammenheng – selv om statene kan undersøke om vilkårene for å oppnå en rettighet reelt er oppfylt, for eksempel om et opphold faktisk er «reelt», slik det nylig ble klargjort i *Campbell*, bør vurderingen av dette ifølge ESAs anførsel ikke baseres på artikkel 35 og må skilles fra misbruk. ESA understreker at det i den første del av testen må godtgjøres at det følger av en kombinasjon av objektive omstendigheter at til tross for at vilkårene for å oppnå en rettighet etter reglene formelt er oppfylt, har reglernes formål ikke oppnådd. I den foreliggende sak er den aktuelle rettighet en EØS-borgers rett til å flytte til en annen EØS-stat og oppholde seg der sammen med sin ektefelle, som definert i direktivet artikkel 2 nr. 2, uten hensyn til ektefellens nasjonalitet. I denne sammenheng forutsetter gjennomføringen av formålet med reglene om fri bevegelse og opphold fastsatt i direktivet, at disse rettigheter utøves i god tro. Når det gjelder en EØS-borger som utøver disse rettigheter sammen med sin ektefelle, særlig dersom ektefellen er tredjelandsborger, er sistnevntes rettigheter avledet av ekteskapet med EØS-borgeren. Etersom ekteskapet med den primære rettighetshaver er grunnlaget for rettighetene til ektefellen som er tredjelandsborger, forutsetter dette nødvendigvis at ekteskapet må være reelt.

---

<sup>44</sup> Samme sted, avsnitt 56 og 57.

<sup>45</sup> Samme sted, avsnitt 57.

106. ESA gjør gjeldende at det må fastslås hvilket tidspunkt som utgjør det relevante referansepunkt for vurderingen for å kunne vurdere om et ekteskap er reelt eller kunstig. Det forutsettes at de mest relevante tidspunkter er tidspunktet for ekteskapsinngåelsen, tidspunktet for innreise til den berørte EØS-stat og tidspunktet der det søkes om oppholdstillatelse. ESA anfører at det sistnevnte er det som er mest hensiktsmessig, da det er fra dette tidspunkt at vedkommende myndighet vil kunne vurdere situasjonen samlet sett når det gjelder ekteskapet. I denne sammenheng understreker ESA at uten hensyn til den opprinnelige grunn til ekteskapsinngåelsen kan omstendigheter og intensjoner utvikle seg over tid, i likhet med det ekteskapelige forholdets art. For å fastslå et slikt forholds art må det derfor tas hensyn til alle relevante faktorer og individuelle omstendigheter.

107. I den forbindelse gjør ESA gjeldende at det er mange åpenbare indikatorer på om et forhold er reelt eller oppriktig, som felles husholdning, felles barn og deltakelse i hverandres bredere familieliv, blant mange andre. Samtidig understreker ESA at fraværet av slike åpenbare faktorer ikke nødvendigvis tyder på en kunstig konstruksjon.<sup>46</sup> Én faktor som også kan være relevant, særlig i den foreliggende sak, kan være tiden fra ekteskapet ble inngått, og til det ble søkt om oppholdstillatelse. Selv om dette ikke er avgjørende, vil sannsynligheten for at ekteskapet er en kunstig konstruksjon, være større jo kortere tid som er gått mellom de to.

108. ESA peker på at det fremgår redegjørelsen for faktum i Høyesteretts anmodning at søkeren og hans ektefelle som er EØS-borger, inngikk religiøst ekteskap i 2012 og beseglet dette med borgerlig vigsel i 2015, før de flyttet til Norge senere samme år. I mangel på indikasjoner på det motsatte later det til at paret hadde vært sammen i om lag tre år før de formaliserte sitt forhold og deretter flyttet til Norge. Dette kan i seg selv, forutsatt at det bekreftes, tyde på at ekteskapet er av reell art. Derimot kan det faktum at paret flyttet til Norge relativt snart etter den borgerlige vigselen, tenkes å betraktes som en indikator på det motsatte. Uansett er det klart ut fra faktum i saken at det tidspunkt da det ble søkt om oppholdstillatelse, er det som er best egnet for å vurdere muligheten for misbruk og ektefellenes intensjoner, ettersom å tidsfeste dette til enten 2012 (religiøs vigsel) eller 2015 (borgerlig vigsel) ville være uhensiktsmessig.

109. ESA anfører dessuten at det i tillegg til de individuelle omstendigheter hos ektefellene kan benyttes mer kontekstuell informasjon i vurderingen. Et eksempel på en slik objektiv omstendighet som kan brukes for å vise at formålet med rettighetene som gis ved direktivet ikke er oppnådd, kan være når det dokumenteres at det foreligger tilstrekkelig utbredte atferdsmønstre hos personer i tilsvarende situasjon som misbraker eller søker å misbruke rettigheter. Om det for eksempel objektivt kan bringes på det rene at mange tredjelandborgere fra samme region ofte inngår proformaekteskap underdirektivet artikkel 35 med EØS-borgere fra et bestemt land eller en bestemt region,

---

<sup>46</sup> Det vises til håndboken, s. 34.

kan dette være en slik faktor. Et annet eksempel kan være at det utvises atferd som dersom den aktuelle rettighet utøves reelt, er svært atypisk statistisk sett.

110. Alle disse faktorer må være til stede samtidig. ESA anfører videre at begrepet «objektive omstendigheter» innebærer en kvalitativ standard som for eksempel rykter, inntrykk eller anekdotisk bevis sannsynligvis ikke vil oppfylle. Endelig må et tilstrekkelig antall slike relevante omstendigheter være til stede. Først da kan første del av testen sies å være oppfylt, slik at den andre del av testen, som også må gjennomføres for at det kan fastslås misbruk, kan undersøkes.

111. Den andre del av testen har som mål å bringe på det rene om den subjektive hensikt var å oppnå en fordel etter EØS-reglene ved kunstig å skape vilkårene for å oppnå den. ESA påpeker at utfordringen her er å fastslå hvordan en slik subjektiv hensikt kan fastslås.

112. I utgangspunktet peker ESA på at den anmodende domstol har bedt om klargjøring av ulike aspekter ved den subjektive hensikt for EØS-borgeren (bokstav a) og for tredjelandsborgerens (bokstav b). ESA understreker at det ikke er noe i ordlyden i betraktning 28 eller artikkel 35 i direktivet, eller den relevante test fastsatt i rettspraksis, som tilsier at den subjektive hensikt bør behandles annerledes ut fra statusen til innehaveren av de aktuelle påståtte rettigheter.

113. I forbindelse med spørsmålet fremsatt av Høyesterett under bokstav a), understreker ESA at EØS-borgeren er den primære rettighetshaver. Dette innebærer at EØS-borgeren ikke utelukkende er en kanal for tredjelandsborgerens avledede rettigheter. Faktisk er det det faktum at tredjelandsborgeren kan nyte avledede rettigheter, som gjør at EØS-borgeren faktisk kan utøve sine rettigheter.<sup>47</sup> Følgelig må vedkommende nasjonale myndigheter undersøke og fastslå EØS-borgerens mulige subjektive hensikt om å oppnå fordeler av EØS-reglene, i form av retten til fri bevegelighet og opphold, ved kunstig å skape vilkårene fastsatt for å oppnå dem i saker som gjelder et påstått proformaekteskap.

114. Når det gjelder spørsmålet stilt av Høyesterett i bokstav b), gjør ESA gjeldende at det bør ikke gjøres noe skille mellom EØS-borgerens hensikt og tredjelandsborgerens hensikt ved spørsmålet om det er et krav at ønsket om oppholdsrett var det eneste formål med ekteskapsinngåelsen, eller om det er tilstrekkelig at det var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen.

115. Videre kan ESA ikke se at det er noen annen tilnærming enn «eneste formål» er gjennomførbar ved tolkning av direktivet artikkel 35. Denne bestemmelsen er et unntak som i lys av direktivet betraktning 28 bør tolkes strengt. I denne sammenheng må det fastslås både hva slags «fordel» det vises til, og også hva som menes med «eneste formål». Når det gjelder fordelene, gjør ESA gjeldende at det i motsetning til hva ordlyden i den generelle test skulle tilsi, vil dette ikke bare være enhver fordel (eller fordeler) som vil bli

---

<sup>47</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 61.

oppnådd etter EØS-reglene ved kunstig å skape vilkårene fastsatt for å oppnå nevnte fordel. ESA forstår snarere direktivet betraktning 28, spesifikt i sammenheng med proformaekteskap, slik at den kun viser til retten til fri bevegelighet og opphold.

116. Med hensyn til det «eneste formål» er spørsmålet om dette skal forstås bokstavelig til å bety det eneste formål i den forstand at ethvert annet formål er utelukket. Eller skal det forstås slik at målet med å oppnå retten til innreise og opphold bør «være hovedformålet med misbruksatferden»? ESA deler Kommisjonens syn i håndboken om at begrepet «sole purpose» ikke trenger forstås bokstavelig til å bety «det eneste eller eksklusive formål». Begrepet «sole purpose» kan i stedet forstås slik at det betyr at målet med å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold må være hovedformålet med misbruksatferden.

117. Imidlertid er ESA ikke kjent med noen annen relevant hjemmel som innebærer en forståelse som avviker fra en bokstavelig forståelse, bortsett fra Kommisjonens tolkning i håndboken. Faktisk er det vanskelig å se hvordan en tolkning som avviker fra den bokstavelige, lett kan forenes med kravet om at dette unntak må tolkes strengt. Videre vil rettssikkerheten som et generelt prinsipp i EØS-retten synes å lede til samme konklusjon.<sup>48</sup> Dette prinsipp innebærer et generelt krav om spesifisitet, presisjon og klarhet<sup>49</sup> og at berørte personer ikke skal være i tvil om sine rettigheter og plikter slik at de kan treffe tiltak ut fra dette.

118. For det andre, selv om det kanskje ikke finnes relevante hjemler fra de europeiske domstoler i dette spørsmål, har ESA undersøkt begrepet misbruk på andre områder av EØS- og EU-retten, der det har blitt lagt til grunn på mange ulike felt.<sup>50</sup> Av disse grunner foreslår ESA en alternativ løsning for EFTA-domstolen om den skulle ønske å utforske en bokstavelig tolkning av begrepet «sole purpose».

119. Etter ESAs analyse synes det at begrepet misbruk og spørsmålet om «sole purpose» oftest har blitt undersøkt i konkrete saker som har gjeldt mva og skatt. For eksempel kom EU-domstolen i *Halifax* til at EU-retten ikke kan anvendes på «abusive practices by economic operators, that is to say transactions carried out not in the context of normal commercial operations, but solely for the purpose of wrongfully obtaining advantages provided for by» EU-retten.<sup>51</sup> Ifølge EU-domstolen i nevnte sak må det «also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate General observed in point 89 of his Opinion, the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have

---

<sup>48</sup> Det vises til sak E-1/04 *Fokus Bank*, Sml. 2004 s. 11, avsnitt 37; og til forente saker E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil og Finnfjord m.fl.* mot ESA, Sml. 2005 s. 117, avsnitt 163; samt til dommen i *Halifax*, som omtalt over, avsnitt 72.

<sup>49</sup> Det vises til *Wahl*, som omtalt over, avsnitt 56.

<sup>50</sup> Det vises til dommen i *T Danmark og Y Denmark Aps*, som omtalt over, avsnitt 74.

<sup>51</sup> Det vises til dommen i *Halifax*, som omtalt over, avsnitt 69; og *Emsland-Stärke*, omtalt over, avsnitt 51.

some explanation other than the mere attainment of tax advantages.»<sup>52</sup> Her synes det snevre uttrykket «sole purpose» å sidestilles med det bredere uttrykket «essential aim». Dette kan i seg selv innebære en bredere tilnærming til misbruksunntaket enn det ESA forfekter. På den annen side synes det klart av testen presentert av generaladvokaten, og som EU-domstolen uttrykkelig bifalt, altså om den aktuelle aktivitet kan ha en annen forklaring enn misbruk, at EU-domstolen faktisk har en snevrere test i sinne, noe som er klart forenlig med ESAs tilnærming. I tillegg synes spørsmålet om målet med å skaffe en rett til opphold i en annen EØS-stat var en forutsetning for ekteskapsinngåelsen, å være helt på sin plass i denne sammenheng.

120. For det tredje, fortsetter ESA, om denne testen fremsettes av hensyn til rettssikkerheten på skattelovområdet, synes det desto mer berettiget å anvende den når det gjelder et av de mest personlige og dypeste områder av menneskers liv, og desto mer i lys av de grunnleggende rettigheter, herunder retten til familieliv.<sup>53</sup>

121. For det fjerde var testen angående «sole purpose» i *Halifax* avledet fra forbudet mot misbruk som et generelt prinsipp i EU-retten og på bakgrunn av EU-domstolens dom i *Emsland-Stärke*. I den foreliggende sak er den derimot direkte basert på ordlyden i direktivet artikkel 35 og skal tolkes strengt og i lys av direktivet artikkel 28. Å fravike denne klare ordlyd, som ved å sidestille «sole purpose» med «essential aim», ville derfor skape en helt annen situasjon enn i *Halifax*, hvor EU-domstolen antok denne tilnærming på et annet rettslig grunnlag, særlig fordi det ville innføre en usikkerhet i en rettslig tekst som ikke bør være der.

122. Endelig gjør ESA gjeldende at den bokstavelige tilnærming den foreslår, for det tilfelle at testen av hovedformål ikke skulle anses som relevant, vil være den som er mest forenlig med de grunnleggende rettigheter. EFTA-domstolen la til grunn i *Jabbi* at «alle EØS-stater har undertegnet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon («EMK»), som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv. Ifølge fast rettspraksis skal EØS-avtalens bestemmelser fortolkes på bakgrunn av grunnleggende rettigheter.»<sup>54</sup> ESA gjør gjeldende at det samme er tilfelle for EMK artikkel 12, som nedfeller retten til å gifte seg. For eksempel la Den europeiske menneskerettighetsdomstol («EMD») følgende til grunn i saken *O'Donoghue m.fl. mot Storbritannia*: «Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and found a family. The exercise of the right to marry gives rise to social, personal and legal consequences. [...] In the context of immigration laws and for justified reasons, the States may be entitled to

---

<sup>52</sup> Det vises til dommene i *Halifax*, som omtalt over, avsnitt 75; *Part Service*, som omtalt over, avsnitt 42; og *Kratzer*, C-423/15, EU:C:2016:604, avsnitt 40.

<sup>53</sup> Det vises til *Halifax*, som omtalt over, avsnitt 89.

<sup>54</sup> Det vises til sak E-28/15 *Jabbi*, Sml. 2016 s. 575, avsnitt 81.

prevent marriages of convenience, entered solely for the purpose of securing an immigration advantage.»<sup>55</sup>

123. Ifølge ESAs anførsel synes EMD å ha tolket begrensningene på retten til å gifte seg etter EMK artikkel 12 med hensyn til proformaekteskap på en måte som tilsvarer tilnærmingen antatt av ESA i forbindelse med begrepet «sole purpose» lest bokstavelig.

124. ESA oppsummerer sitt standpunkt og understreker at «sole purpose» kan tolkes bokstavelig. Dette betyr at det relevante spørsmål for å fastslå den subjektive hensikt i lys av den andre del av testen, er om EØS-borgerens og tredjelandsborgerens formål med ekteskapsinngåelsen utelukkende var å oppnå retten til fri bevegelse og opphold ved kunstig å skape vilkårene fastsatt, i form av et ekteskap, for å oppnå nevnte fordel.

125. For å bringe på det rene om det som var saken var at et ekteskap ble inngått utelukkende for dette formål, er ESA av den oppfatning at det relevante spørsmål er om det fantes noen annen forklaring på at ekteskapet ble inngått. Hvis det var det, vil ekteskapet kunne betraktes som reelt og faktisk. I motsatt fall kan det foreligge misbruk.

126. For å besvare dette spørsmål bør det sees hen til subjektive faktorer. Etter ESAs oppfatning utelukker ikke EØS-retten nødvendigvis at eventuelle relevante subjektive faktorer tas i betraktning, forutsatt at prinsippet om effektivitet og prinsippet om forholdsmessighet i direktivet artikkel 35 blir overholdt. Imidlertid må alle relevante faktorer granskes i sin sammenheng. Enhver annen tilnærming risikerer å undergrave målene for de rettigheter som er gitt ved direktivet, og de grunnleggende rettigheter til fri bevegelse etter EØS-retten.

127. Endelig gjør ESA gjeldende at bestemmelsene i EØS-avtalen skal tolkes i lys av de grunnleggende rettigheter.<sup>56</sup> Den anmodende domstol må legge disse grunnleggende EØS-rettslige prinsipper til grunn ved vurdering av de aktuelle rettigheter og det mulige misbruk av disse rettigheter i saken som står for den. Særlig kan retten til familieliv nedfelt i EMK artikkel 8 være relevant. Særlig kan disse prinsipper være veiledende for tolkningen av kravet i direktivet artikkel 35 om at de «nødvendige tiltak» EØS-statene kan treffe «for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til» direktivet ved misbruk av rettigheter, skal «stå i forhold». Så vidt ESA bekjent, finnes det ikke noen relevant hjemmel for anvendelsen av forholdsmessighetstesten i denne sammenheng.

128. I en beslektet sammenheng undersøkte EU-domstolen i *F* om EU-retten, i lys av blant annet retten til privatliv etter artikkel 7 i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, utelukker bruk av sakkyndigrapporter fra psykologer for å vurdere troverdigheten av erklæringene fra en asylsøker som påberopte seg frykt for å bli

---

<sup>55</sup> Det vises til EMDs dom 14. desember 2010 i *O'Donoghue m.fl. mot Storbritannia*, CE:ECHR:2010:1214JUD003484807, avsnitt 82 og 83.

<sup>56</sup> Det vises til *Jabbi*, som omtalt over, avsnitt 81.



forfulgt i sitt hjemland av årsaker knyttet til hans seksuelle legning som grunnlag for asyl.<sup>57</sup> I lys av grunnleggende rettigheter og forholdsmessighetsprinsippet kom den til at så var tilfelle.<sup>58</sup>

129. ESA anfører at tilsvarende betraktninger kan være relevante ved analogi også i den foreliggende sak, også med hensyn til metodene som er brukt for å vurdere den første og den andre del av testen. Selv om EU-domstolens betraktninger knytter seg til bruken av en spesifikk psykologisk rapport for vurdering av den seksuelle legning til en asylsøker i en sårbar stilling, og gjaldt i en sammenheng som ikke er EØS-relevant, anfører ESA at disse prinsipper, på grunnlag av retten til privatliv og forholdsmessighetsprinsippet, også kan være relevante for å kunne fastslå om det var noen metode tilgjengelig som nasjonale myndigheter kunne søke å bruke for å fastslå om en EØS-borger og en tredjelandsborger har inngått et proformaekteskap og derved utøvd misbruk etter direktivet artikkel 35.

130. Ifølge ESAs anførsel innebærer dette at enhver slik metode, og i videre forstand ethvert tiltak truffet med hjemmel i direktivet artikkel 35, i prinsippet må være begrunnet i lys av retten til privatliv og familieliv, og må ikke gå utover grensene for det som er hensiktsmessig og nødvendig for å nå målene som forfølges av tiltak etter artikkel 35. Det er opp til den nasjonale domstol å bringe på det rene om dette krav er oppfylt i den enkelte sak.

131. ESA gjør gjeldende at EFTA-domstolen bør besvare spørsmålene på følgende måte:

*Vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap som rammes av misbruksregelen i direktiv 2004/38/EF artikkel 35, bør baseres på en todelt test hvor staten må vise to elementer: først tilstedeværelsen av en kombinasjon av objektive omstendigheter der reglens formål ikke er nådd til tross for at vilkårene fastsatt i EØS-reglene formelt sett er overholdt, og dernest tilstedeværelsen av et subjektivt element som består i hensikten om å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape vilkårene som er fastsatt for å oppnå den.*

*I forbindelse med det første kriterium bør vurderingen av ekteskapets art gjelde ekteskapet slik det var på det tidspunkt søknaden om oppholdstillatelse ble inngitt, og bør ta alle individuelle omstendigheter hos ektefellene i betraktning, herunder om de har felles husholdning, barn sammen, felles økonomi og deltar i hverandres bredere familieliv, selv om fraværet av slike faktorer ikke nødvendigvis tilsier en kunstig konstruksjon.*

*EØS-borgerens subjektive hensikt med ekteskapsinngåelsen har betydning for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap.*

---

<sup>57</sup> Det vises til dom 25. januar 2018, F, C-473/16, EU:C:2018:36.

<sup>58</sup> Det vises til dommen i F, som omtalt over, avsnitt 35 og 56 til 58.

*Det er en forutsetning for at man skal kunne komme til at et ekteskap er et proformaekteskap, at tredjelandsborgeren og EØS-borgerens ønske om en rett til opphold for tredjelandsborgeren var det eneste formål med ekteskapsinngåelsen. Begrepet «eneste formål» («sole purpose») kan tolkes slik at det viser til «hovedformål» («predominant purpose»), eventuelt som det eneste eller eksklusive formål, dersom en bokstavelig tolkning legges til grunn.*

*Undersøkelsen må også overholde forholdsmessighetsprinsippet, i lys av grunnleggende rettigheter.*

### *Kommisjonen*

132. Innledningsvis anfører Kommisjonen at anmodningen om rådgivende uttalelse fremsettes i en sammenheng der lagmannsretten allerede har fastslått at den ankende parts ekteskap er et proformaekteskap etter utlendingsloven § 120 sjette ledd og direktivet artikkel 35 på grunnlag av en vurdering av konkrete forhold. Det er opplyst at lagmannsretten har kommet til at den ankende part i hovedsaken ikke ville ha inngått ekteskapet dersom utsiktene til oppholdsrett ikke hadde vært til stede. Det har videre blitt lagt til grunn at å sikre oppholdsrett var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen. I en sammenheng der lagmannsretten har vurdert faktum og anken er begrenset til rettsspørsmål, har Høyesterett ikke angitt hvilke forhold lagmannsretten la til grunn for sin konklusjon, og heller ikke den rettslige ramme (som bevisbyrde og bevisstandard, den relative vekt som er tillagt de enkelte faktorer som er vurdert) som ble anvendt da den kom til denne konklusjon.

133. Kommisjonen påpeker videre at EFTA-domstolen anmodes om å gi veiledning i generell forstand med hensyn til de rettslige kriterier som må anvendes for å kunne bringe på det rene om et ekteskap er et proformaekteskap, med henvisning til visse anførsler fra den ankende part som ledd i hans anke – som særlig omfatter spørsmål om hver av ektefellenes subjektive hensikter og om misbruksintensjonen utgjør den «eneste» grunn eller den «hovedsakelige» grunn til ekteskapsinngåelsen.

134. Slik Kommisjonen ser det, er den rettslige og den faktiske analyse av saken uløselig knyttet til hverandre. De rettslige kriterier, med hensyn både til saksbehandlingen og innholdet, påvirker og definerer nødvendigvis måten de faktiske opplysninger samles inn og vurderes på. Følgelig gjør Kommisjonen gjeldende at for at EFTA-domstolens svar skal kunne være til nytte, må det tilføre opplysninger om både innsamlingen og vurderingen av fakta og dermed i siste instans om det aktuelle ekteskaps rettslige kvalifikasjon.

135. Kommisjonen er av den oppfatning at det første sentrale spørsmål er om det, for å kunne fastslå at et ekteskap er et proformaekteskap, er nødvendig å bringe på det rene at «det eneste formål» med ekteskapet var å skaffe oppholdsrett i Norge, eller om det rekkes å fastslå at «hovedformålet» med ekteskapet var å sikre en slik fordel, uten hensyn til andre betraktninger, fordeler eller nytte som også kan ha vært grunner for å inngå ekteskapet. Et

annet spørsmål er, når det gjelder vurderingen av om det foreligger misbruk etter direktivet artikkel 35, om det er tilstrekkelig å se hen til kun tredjelandsborgerens subjektive hensikt, eller om en slik konklusjon krever at begge ektefeller har en misbrukshensikt.

136. Når det gjelder begrepet «rettsmisbruk» i EØS-rettsordenen, påpeker Kommisjonen at spørsmålet om «misbruk av rettigheter» under unionsretten har oppstått i et antall ulike sammenhenger, som beskatning,<sup>59</sup> selskapsrett,<sup>60</sup> landbruk og eksportrestitusjon<sup>61</sup> og den frie bevegelse for personer.<sup>62</sup> Til tross for denne variasjon i kontekster har EU-domstolen i sin rettspraksis inntatt en konsekvent tilnærming og understreket at «misbruk» må skilles klart fra «bruk» av unionsretten.<sup>63</sup> Det faktum at en EØS-borger ønsker å utøve de rettigheter de er gitt ved traktatene, utgjør ikke i seg selv et misbruk av en slik rettighet.<sup>64</sup> Samtidig har EU-domstolen lagt til grunn at misbrukspraksis som utøves utelukkende for det formål å urettmessig oppnå fordeler som gis i unionsretten, ikke kommer inn under unionsrettens virkeområde.<sup>65</sup>

137. Etter Kommisjonens vurdering har EU-domstolen videre gjort det klart at det kreves en kombinasjon av både objektive og subjektive elementer for å fastslå at det foreligger misbruk.<sup>66</sup> Det objektive element krever at det er åpenbart ut fra det aktuelle konkrete sett av omstendigheter at selv om de formelle lovfestede vilkår synes å ha blitt overholdt, har det underliggende formål med disse regler ikke blitt oppnådd. Det subjektive element krever at det foreligger en åpenbar intensjon hos den aktuelle part om å oppnå en uberettiget fordel som følger av anvendelsen av unionsretten, gjennom kunstig å etablere de vilkår som kreves for å oppnå den.<sup>67</sup>

138. Disse overordnede prinsipper har ligget til grunn for Kommisjonens formulering i ulike fortolkende meldinger og retningslinjer for de rettslige kriterier som gjelder ved vurdering av om det foreligger et «proformaekteskap» etter direktivet artikkel 35, som utgjør en særskilt form for misbruk.<sup>68</sup>

---

<sup>59</sup> Det vises til dommene i *Cussens*, som omtalt over, avsnitt 25 til 41; *Halifax*, som omtalt over; og *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544.

<sup>60</sup> Det vises til dommen i *Centros*, som omtalt over.

<sup>61</sup> Det vises til dommene i *SICES m.fl.*, C-155/13, EU:C:2014:145; og *Emsland-Stärke*, som omtalt over.

<sup>62</sup> Det vises til dommene i *Zhu og Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639; *Angelo Alberto Torresi*, C-58/13 og C-59/13, EU:C:2014:2088; og *O and B, McCarthy m.fl. og Campbell*, alle som omtalt over.

<sup>63</sup> Det vises til dommene i *Zhu og Chen*, som omtalt over, avsnitt 34 til 41; *Centros*, som omtalt over, avsnitt 23 til 30; og *Angelo Alberto Torresi*, som omtalt over, avsnitt 34 til 52.

<sup>64</sup> Det vises til dommen i *Centros*, som omtalt over.

<sup>65</sup> Det vises til dommen i *Halifax*, som omtalt over.

<sup>66</sup> Det vises til dommen i *Emsland-Stärke*, som omtalt over, avsnitt 52 til 53; og *Angelo Alberto Torresi*, som omtalt over, avsnitt 44.

<sup>67</sup> Det vises til dommen i *Angelo Alberto Torresi*, som omtalt over, avsnitt 46.

<sup>68</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 70.

139. Kommisjonen viser spesielt til:

- (a) sine retningslinjer for anvendelse av direktiv 2004/38/EF (2009);<sup>69</sup>
- (b) sin melding med tittelen «Free movement of EU citizens and their families: Five actions to make a difference»<sup>70</sup> og
- (c) sin melding med tittelen «Helping national authorities fight abuses of the right to free movement», som var ledsaget av håndboken (et arbeidsdokument med tittelen «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»)<sup>71</sup>.

140. Kommisjonen merker seg at selv om disse fortolkende meldinger og retningslinjer hverken er autoritative eller rettslig bindende, inneholder de Kommisjonens forståelse av hvordan misbruksbestemmelsene skal anvendes i praksis. Følgelig trekker Kommisjonen i sin argumentasjon på de mest relevante elementer som er utviklet i disse dokumenter, som et grunnlag for å besvare de forelagte spørsmål.

141. Når det gjelder kriteriene for å vurdere proformaekteskap og spørsmålet om «sole purpose» eller «main purpose», påpeker Kommisjonen at håndboken ved vurdering av «proformaekteskap» antar en holistisk tilnærming som på grunnlag av et antall ulike elementer søker å fastslå om ekteskapet er uttrykk for et reelt forhold eller snarere et produkt av kunstig atferd.

142. Kommisjonen trekker frem bemerkningen i håndboken om at reelle ekteskap generelt kjennetegnes av ektefellenes intensjon om sammen å skape en varig familieenhet som ektepar og om å føre et reelt ekteskapelig samliv. Motsetningsvis kjennetegnes proformaekteskap av mangelen på en slik intensjon. Målet med disse er å oppnå en uberettiget fordel som følger av anvendelsen av unionsretten, gjennom kunstig å etablere de vilkår som kreves for å oppnå den. Håndboken understreker at misbrukskarakteren ved proformaekteskap fremgår av ektefellenes onde tro forut for og på det tidspunkt de inngår ekteskap.

143. På dette grunnlag anser Kommisjonen at utgangspunktet for enhver analyse av om det foreligger et proformaekteskap, er om det foreligger et reelt forhold mellom partene, og om ekteskapshandlingen gjenspeiler en oppriktig intensjon om å skape et varig familieliv sammen. Det er i denne rettslige sammenheng direktivet artikkel 28 viser til

---

<sup>69</sup> Det vises til retningslinjene fra 2009.

<sup>70</sup> Kommisjonens melding til Europaparlamentet, Rådet, Den europeiske økonomiske og sosiale komité og Regionutvalget, «Free movement of EU citizens and their families: Five actions to make a difference» (COM(2013) 837 final).

<sup>71</sup> Melding fra Kommisjonen til Europaparlamentet og Rådet, «Helping national authorities fight abuses of the right to free movement: 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» (COM(2014) 604 final).

proformaekteskap som ekteskap som er inngått for det «eneste formål» å nyte retten til fri bevegelighet eller opphold. Kommisjonen anfører at bruken av ordet «eneste» («sole») i denne sammenheng tjener til å beskrive en situasjon der ekteskap ble inngått i fravær av et reelt forhold mellom partene, og der konstruksjonen var rent kunstig og ble inngått utelukkende for det formål uberettiget å oppnå en rettighet etter EØS-retten. Håndboken understreker imidlertid at begrepet «sole purpose» må tolkes selvstendig og ikke bør tolkes bokstavelig. Den antyder at et ekteskap kan betraktes som produktet av misbruksatferd når oppnåelsen av retten til innreise og opphold utgjør hovedformålet med misbruksatferden, i motsetning til det eksklusive formål.

144. Kommisjonen anser at når et ekteskap inngås uten noen reell intensjon om sammen å skape en varig familieenhet som ektepar og å føre et reelt ekteskapeleg samliv, ville det være ekstremt formalistisk om en nasjonal myndighet, for å fastslå misbruk, var pålagt å vise at det eneste formål med ekteskapet var å oppnå en uberettiget oppholdsrett i Norge. Faktisk er det ikke utenkelig at en person kan søke å inngå ekteskap for uberettiget å oppnå et antall fordeler, og at ingen av disse er knyttet til et ønske om å skape en reell, varig familieenhet. Dersom det i et slikt tilfelle var umulig å kvalifisere et slikt ekteskap som misbruk, ville effektiviteten av direktivet artikkel 35 settes på spill.

145. Samtidig understreker Kommisjonen at det faktum at et par inngår ekteskap med det hovedformål å etablere rett til opphold, ikke nødvendigvis og uunngåelig burde føre til den konklusjon at ekteskapet utgjør misbruk av rettigheter. I denne sammenheng minner Kommisjonen om at håndboken understreker at når en EØS-borger gifter seg med en tredjelandsborger på grunnlag av et reelt forhold, bør det ikke være en overraskelse at de ønsker å bo sammen et sted, ofte i et land der den andre ektefelle ikke hadde noen oppholdsrett før ekteskapet. Et ekteskap kan ikke anses som et proformaekteskap bare fordi det medfører en innvandringsmessig fordel (eller andre fordeler). På samme måte understreker håndboken fra 2009 at det at EU-borgere og deres familiemedlemmer etter unionsretten oppnår rett til opphold i en annen medlemsstat enn EU-borgerens hjemstat, utgjør ikke misbruk ettersom de drar nytte av en fordel som naturlig følger av utøvelsen av retten til fri bevegelighet som er beskyttet av traktaten, uten hensyn til formålet med deres flytting til denne stat.

146. Kommisjonen gjør gjeldende at det i denne sammenheng kan tenkes at reelle, varige partnere kan bestemme seg for å gifte seg utelukkende, eller hovedsakelig, for å oppnå visse fordeler, uten at et slikt ekteskap er konstruert. Enkeltpersoner kan for eksempel gifte seg for å oppnå skattefordeler eller for å sikre klarhet når det gjelder skatterettigheter eller foreldrerettigheter eller for å sikre materiell beskyttelse (som beskyttelse i tilfelle av separasjon eller partners død). Likeledes kan det finnes situasjoner der reelle, varige partnere bestemmer seg for å gifte seg for å foregripe utøvelsen av rettigheter til fri bevegelighet for å sikre at alt er klart med hensyn til deres juridiske stilling for å unngå å bli skilt fra hverandre. Som EFTA-domstolen nylig har lagt til grunn, vil ikke det faktum

at en EØS-borger bevisst søker en situasjon som medfører oppholdsrett i en annen medlemsstat, i seg selv utgjøre misbruk.<sup>72</sup>

147. Kommisjonen gjør gjeldende at i samsvar med rettspraksis om misbruk, krever den rettslige test en vurdering av om partene søker å konstruere en «kunstig» eller «fiktiv» konstruksjon for å oppnå en uberettiget fordel. For at en slik vurdering skal være tilstrekkelig fullstendig og hensiktsmessig, kan den imidlertid ikke være begrenset til om målet med ekteskapet er å oppnå en fordel, men må også ta i betraktning kvaliteten ved forholdet sett under ett. Risikoen ved en tilnærming som begrenser seg til å undersøke en parts ønske om å få opphold (dersom det er det eneste eller hovedsakelige formål med ekteskapet) uten samtidig å se på forholdets reelle art, er at det kan resultere i at reelle ekteskap blir kvalifisert som misbruk.

148. Når det gjelder partenes hensikt ved ekteskapsinngåelsen, påpeker Kommisjonen at håndboken spesifiserer at proformaekteskap kan inndeles i ulike kategorier som omfatter ekteskap der begge ektefeller frivillig samtykker til å inngå et forhold som er ment å oppnå en uberettiget fordel etter EU-retten, og også «svindelekteskap», der en EU-ektefelle svindles av tredjelandsektefellen til faktisk å tro at paret vil få et reelt, varig ekteskapelig samliv. Håndboken understreker at sistnevnte situasjon også kvalifiserer som et proformaekteskap og bør behandles tilsvarende, samtidig som det tas behørig hensyn til at EU-ektefellen er uskyldig.

149. Følgelig er Kommisjonen av den oppfatning at for å kunne komme til at et ekteskap er et «proformaekteskap», er det tilstrekkelig for nasjonale myndigheter å bringe på det rene at tredjelandsektefellen har hatt en misbrukshensikt, uten at det også er nødvendig å fastslå at EØS-ektefellen også utviste misbruksatferd.

150. Kommisjonen understreker imidlertid at denne konklusjon ikke fratras nasjonale myndigheter plikten til å basere sine konklusjoner med hensyn til den ene eller begge ektefellers misbrukshensikt på en vurdering av alle relevante faktiske forhold.

151. I denne sammenheng påpeker Kommisjonen at ifølge den ankende parts prosesskriv har det bare vært tredjelandsborgerens intensjon som har vært vurdert og funnet å være relevant etter norsk lov, ikke ektefellens. Kommisjonen anser imidlertid at for å være fullstendig vil en vurdering av et proformaekteskap som en regel, og bortsett fra under ekstraordinære omstendigheter, kreve undersøkelse av begge parter i ekteskapet, noe som også er en nødvendig forutsetning for at nasjonale myndigheter skal kunne fastslå om bare én eller begge parter har søkt å utvise misbruksatferd. Det faktum alene at vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap, kan baseres utelukkende på én av ektefellenes subjektive hensikt, nemlig tredjelandsektefellens, innebærer ikke at vurderingen av de faktiske forhold kan begrenses til denne ektefelle.

---

<sup>72</sup> Det vises til *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 71.

152. Kommisjonen anser at den ankende part tar opp visse ytterligere spørsmål, som det fremgår av anmodningen om rådgivende uttalelse, som del av sin anke. Særlig innebærer den ankende parts anførsler at de nasjonale myndigheter har anvendt reglene om bevisbyrde feil, og at den ankende part med urette måtte bevise at ekteskapet var reelt. Han tar også opp bekymringen knyttet til at relevante bevis med hensyn til ekteskapets varighet, ble avvist.

153. I tilknytning til disse spørsmål gjør Kommisjonen oppmerksom på at håndboken i avsnitt 3.2 gir veiledning med hensyn til beviskrav og bevisbyrde for å fastslå om man står overfor et proformaekteskap. Det fastslås i håndboken at selv om Unionen ikke har noen felles tilnærming når det gjelder innsamling av bevis, er det likevel visse saksbehandlingsregler som må overholdes. Særlig kan følgende prinsipper trekkes frem:

- (a) Statlige myndigheter i EØS-området må anta en individuell tilnærming og gå gjennom alle de ulike elementer som kan utgjøre bevis som underbygger eller taler imot konklusjonen om at et proformaekteskap har blitt inngått.
- (b) Innsamlet bevis må vurderes i sin helhet, og vurderingen må baseres på en kombinasjon av all informasjon som er samlet inn under etterforskningen. Ekteskapet som etterforskes må gjennomgås på en nøytral, upartisk måte slik at det søkes, samles inn og behørig tas hensyn til bevis både for og imot den opprinnelige mistanke.
- (c) Når det gjelder bevisbyrden, understreker håndboken at det er de nasjonale myndigheter som mistenker at en tredjelandsborger har inngått et proformaekteskap med en EU-borger for det eneste formål å få retten til fri bevegelighet i EU, som må bevise at ekteskapet er et proformaekteskap. I tilfelle av velfunderte mistanker med hensyn til hvor reelt et konkret ekteskap er, kan nasjonale myndigheter selvfølgelig anmode paret om å legge frem flere relevante dokumenter eller bevis for å tilbakevise slike mistanker.

154. I lys av det ovenstående gjør Kommisjonen gjeldende at det er nasjonale myndigheter i EØS-staten som har bevisbyrden for å godtgjøre at et ekteskap utgjør et proformaekteskap etter direktivet artikkel 35, i dette tilfelle de norske myndigheter. Likevel vil det være berettiget for slike myndigheter å anmode ektefellene om å fremlegge bevis i en situasjon der det foreligger objektive grunner til å betvile om ekteskapet er reelt.

155. Samtidig gjentar Kommisjonen sitt syn om at undersøkelsen av bevisene må gjelde alle relevante faktorer og omfatte både bevis som taler for og bevis som taler imot at ekteskapet undersøkelsen gjelder, er reelt.

156. I denne sammenheng påpeker Kommisjonen at den ankende part i sin anke har uttrykt bekymring for at varigheten av hans forhold ikke ble tatt i betraktning, i den utstrekning denne varighet skriver seg fra etter vigselen, med henvisning til at det er partenes intensjon på det tidspunkt ekteskapet inngås som er relevant for å fastslå om man

står overfor misbruk etter direktivet artikkel 35. Med hensyn til dette punkt påpeker Kommisjonen at det ikke fremgår av historikken i saken slik den er rapportert i nasjonale rettsmyndigheters avgjørelser, om den ankende parts religiøse vigsel 18. desember 2012 – ca. tre år før paret flyttet til Norge – ble betraktet som relevant, eller om bare den borgerlige vigsel ble tatt i betraktning, og i sistnevnte fall, av hvilke grunner den religiøse seremoni ikke ble tatt i betraktning.

157. Kommisjonen anser at det er alminnelig anerkjent at spørsmålet om et ekteskap er inngått i god tro, forutsetter en vurdering av parten eller partenes subjektive hensikt på det tidspunkt ekteskapet ble inngått. Når et forhold, som i den foreliggende sak, synes å ha pågått i lang tid, og ble innledet tre år før rettighetene til fri bevegelse ble utøvd, kan samtidig denne faktor i seg selv tale til fordel for at ekteskapet er av reell art, og må også tas med i regnestykket i vurderingen.

158. Ifølge Kommisjonen er det i den foreliggende sak i siste instans de nasjonale rettslige myndigheter, Norges Høyesterett, som må bringe på det rene om undersøkelsen av det aktuelle ekteskap overholder kravene i EØS-retten. Imidlertid anser Kommisjonen at en slik gjennomgang bør omfatte en vurdering av om det ble anvendt et hensiktsmessig beviskrav, og om alle relevante opplysninger er innhentet og vurdert på en helhetlig måte, herunder alle elementer som taler til fordel for at ekteskapet er reelt, så vel som elementer som taler imot at ekteskapet er reelt, slik at ikke det ene sett av faktorer tillegges større vekt enn det andre.

159. Kommisjonen anmoder om at spørsmålene besvares på følgende måte:

*For å kunne fastslå om et ekteskap er et «proformaekteskap» i henhold til direktiv 2004/38/EF artikkel 35, er det nødvendig at nasjonale myndigheter bringer på det rene, etter en individuell undersøkelse av alle relevante objektive faktorer, at ekteparet, eventuelt tredjelandsektefellen, ikke hadde noen reell intensjon om å skape en varig familieenhet som ektepar og leve et reelt ekteskapeleg samliv, og at hensikten snarere var uberettiget å oppnå en oppholdsrett som følge av anvendelsen av EØS-retten gjennom kunstig å etablere de vilkår som kreves for å oppnå en slik rett.*

*Selv om begrepet «proformaekteskap» kan dekke situasjoner der enten begge ektefeller, eventuelt utelukkende tredjelandsektefellen, har inngått ekteskapet i den hensikt å uberettiget oppnå en rettighet avledet av anvendelsen av EØS-retten, må nasjonale myndigheter basere sin konklusjon på en så fullstendig vurdering av de faktiske forhold som mulig og ta i betraktning alle bevis som er innhentet, som en regel fra begge ektefeller, herunder både elementer som kan tale til fordel for og elementer som kan tale imot en konklusjon om at ekteskapet utgjør misbruk.*



*Når det på grunnlag av en slik vurdering konkluderes med at det ikke foreligger noen reell intensjon om å skape noen varig familieenhet som ektepar og leve et reelt ekteskapeleg samliv, og at hensikten snarere var uberettiget å oppnå en oppholdsrett, er det tilstrekkelig å bringe på det rene at hensikten var den hovedsakelige hensikt, uten at det er nødvendig å fastslå at det var den eneste hensikt for å inngå det aktuelle ekteskap.*

Páll Hreinsson  
Saksforberedende  
dommer