



EFTA-DOMSTOLENS DOM

23. november 2021*

(Fortsatt oppholdsrett – Stebarn som er EØS-borger – Avledet rett for tredjelandetsborger som er forsørger – Misbruk av rettigheter – Omgåelsesekteskap – Forordning (EU) nr. 492/2011 – Direktiv 2004/38/EF)

I sak E-16/20,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i saken mellom

Q m.fl.

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE),

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF, særlig artiklene 7 nr. 1 bokstav b, 12 nr. 3 og 35, avsier

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

DOMSTOLEN,

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

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

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

- Q m.fl., representert ved Félix Olivier Helle, advokat,
- den norske stat, representert ved Kristin Hallsjø Aarvik og Pål Wennerås, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Carsten Zatschler, Catherine Howdle, Erlend Møinichen Leonhardsen og James Stewart Watson, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Elisabetta Montaguti og Jonathan Tomkin, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Q m.fl., representert ved Félix Olivier Helle; den norske stat, representert ved Kristin Hallsjø Aarvik og Pål Wennerås; ESA, representert ved James Stewart Watson, og Kommisjonen, representert ved Jonathan Tomkin, i digitalt rettsmøte 29. april 2021,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004 L 158, s. 77) («direktiv 2004/38» eller «direktivet»), rettet ved EUT 2004 L 229, s. 35, EUT 2005 L 30, s. 27, og EUT 2005 L 197, s. 34, ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

(«EØS-avtalen» eller «EØS») ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17) («EØS-komiteens beslutning»), og satt inn i vedlegg VIII nr. 3 (Etableringsrett) og vedlegg V nr. 1 og 2 (Fri bevegelighet for arbeidstakere). Forfatningsrettslige krav angitt av Island, Liechtenstein og Norge ble oppfylt 9. januar 2009, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

2 Artikkel 1 i EØS-komiteens beslutning lyder i utdrag:

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 tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.

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

d) I artikkel 24 nr. 1 skal betegnelsen «traktaten» forstås som «avtalen» og uttrykket «sekundærlovgivning» skal forstås som «sekundærlovgivning som er innlemmet i avtalen».

3 Direktivet artikkel 2, med overskriften «Definisjoner», lyder:

I dette direktiv menes med:

1. «unionsborger» enhver person som er borger i en medlemsstat,

2. «familiemedlem»

(a) ektefelle,

(b) den partner som unionsborgeren har inngått registrert partnerskap med på grunnlag av lovgivningen i en medlemsstat, dersom registrert partnerskap i henhold til vertsstatens lovgivning er sidestilt med ekteskap, og i samsvar med vilkårene fastsatt i vertsstatens relevante lovgivning,

(c) slektninger i rett nedstigende linje som er under 21 år eller forsørges

av unionsborgeren, og tilsvarende for ektefellen eller partneren som definert i bokstav b),

(d) slektninger i rett oppstigende linje som forsørges av unionsborgeren, og tilsvarende for ektefellen eller partneren som definert i bokstav b),

3. *«vertsstat» den medlemsstat som en unionsborger flytter til for å utøve sin rett til fri bevegelse og fritt opphold.*

4 Direktivet artikkel 7, med overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder i utdrag:

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).

[...]

5 Direktivet artikkel 12 nr. 3, med overskriften «Familiemedlemmers rett til å beholde oppholdsretten ved unionsborgerens død eller utreise», lyder:

Unionsborgerens utreise fra vertsstaten eller unionsborgerens død skal ikke medføre tap av oppholdsrett for vedkommendes barn eller forelderen som har den faktiske omsorgen for barna, uavhengig av statsborgerskap, dersom barna oppholder seg i vertsstaten og er tatt opp ved en utdanningsinstitusjon for å studere der, før de har avsluttet sine studier.

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

Medlemsstatene kan treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til dette direktiv ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap. Slike tiltak skal stå i forhold til og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i artikkel 30 og 31.

7 Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri rørsle for arbeidstakarar innanfor Unionen (EUT 2011 L 141, s. 1) («forordning 492/2011») ble innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 52/2012 av 30. mars 2012 (EUT 2012 L 207, s. 32), som trådte i kraft 1. februar 2013, og er vist til i vedlegg V nr. 2 (Fri rørsle for arbeidstakarar) til EØS-avtalen.

8 Artikkel 10 i forordning 492/2011 lyder:

Når ein statsborgar i ein medlemsstat arbeider eller har arbeidd på territoriet til ein annan medlemsstat, skal borna hans/hennar ha tilgang til allmennutdanning og lærling- og yrkesfagleg opplæring på dei same vilkåra som statsborgarar i denne staten, dersom borna er busette på territoriet til denne staten.

Medlemsstatane skal oppmuntre til alle tiltak som tek sikte på at desse borna skal kunne ta del i undervisninga på best moglege vilkår.

Nasjonal rett og praksis

9 I lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven») § 110, med overskriften «Nærmere om hvem kapittelet gjelder for», første, andre og tredje ledd lyder i utdrag:

Borgere av land som omfattes av EØS-avtalen, heretter omtalt som EØS-borgere, omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet. [...]

Familiemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapittelet så lenge de følger eller slutter seg til en EØS-borger. [...]

Med familiemedlem menes

a) ektefelle,

b) samboer, dersom det foreligger en varig tilknytning til EØS-borgeren og denne tilknytningen kan dokumenteres,

c) slektning i direkte nedstigende linje fra en EØS-borger eller fra en utlending nevnt i bokstav a eller b, som er under 21 år eller som forsørges av EØS-borgeren eller dennes ektefelle, og

d) slektning i direkte oppstigende linje fra en EØS-borger eller fra en utlending nevnt i bokstav a eller b som forsørges av EØS-borgeren eller dennes ektefelle.

[...]

- 10 Utlendingsloven § 112, med overskriften «Oppholdsrett i mer enn tre måneder for EØS-borgere», første ledd lyder i utdrag:

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.

[...]

- 11 Utlendingsloven § 113, med overskriften «Oppholdsrett i mer enn tre måneder for familiemedlemmer som er EØS-borgere», lyder i utdrag:

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.

[...]

- 12 Utlendingsloven § 114, med overskriften «Oppholdsrett i mer enn tre måneder for familiemedlemmer og andre utlendinger som ikke er EØS-borgere», første, tredje og fjerde ledd lyder i utdrag:

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 gjenføres med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d.

[...]

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

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

a) ekteskapet på separasjonstidspunktet hadde vart i tre år og herunder ett år i riket,

b) foreldreansvaret til barn av EØS-borgeren ved avtale eller dom er overført til ektefellen som ikke er EØS-borger,

c) det foreligger en særlig vanskelig situasjon, for eksempel at 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.

II Faktum og saksgang

- 13 Ifølge anmodningen er Q peruansk statsborger. Hun har to barn, som er halvbrødre. Barn A er født i 2007, og barn B er født i 2001. Barn B var peruansk statsborger ved ankomst til Norge, og ble gresk statsborger i april 2019. Barn A er gresk statsborger.
- 14 Q og hennes barn begynte å bo sammen med C, en gresk statsborger, i Athen, Hellas, i 2013. Ifølge anmodningen ble Q og C forlovet samme år.
- 15 C søkte i august 2013 om skilsmisse fra sin tidligere ektefelle. Ekteskapet ble oppløst etter avgjørelse i februar 2014 fra tingretten i Athen.
- 16 I mars 2015 reiste C, Q og hennes barn, A og B, til Norge. De to barna begynte på skole samme måned.
- 17 Den 10. mars 2015 søkte Q om oppholdstillatelse i Norge etter nasjonale regler om arbeidstillatelse for faglærte. Ifølge anmodningen var søknaden basert på et arbeidstilbud av 8. januar 2015 fra General Manager v/Dominos Pizza Norway, samt et arbeidstilbud undertegnet av Qs søster. Vedlagt søknaden var også en skriftlig bekreftelse av 9. mars 2015 fra Qs søster om at Q kunne bo hos henne. Av søknaden fremgikk det at Q søkte opphold fra 18. februar 2015 til 18. februar 2025.
- 18 Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo Qs søknad ved vedtak 7. april 2015. Begrunnelsen for avslaget var at hennes faglærte kompetanse ikke var relevant for stillingen ved Dominos Pizza. Q klagde på avslaget 29. april 2015. I klageomgangen fremla Q leiekontrakt som viste at hun og C leide en leilighet sammen i Norge fra 9. mars 2015. Likevel fastholdt UNE avslaget i vedtak 24. november 2015.
- 19 Den 1. desember 2015 giftet Q og C seg i Hellas. Den 15. desember 2015 søkte Q og barna om oppholdstillatelse i Norge som familiemedlemmer til C. Vedlagt søknaden var utskrifter for lønnsutbetalinger for C fra august 2015 og påfølgende måneder, samt hans arbeidskontrakt med Dominos Pizza signert 11. desember 2015. A fikk søknaden innvilget 22. desember 2015. Søknadene fra Q og B ble innvilget 16. januar 2016.

- 20 Den 7. desember 2016 foretok politiet bostedskontroll. Ifølge politirapporten bodde C, Q og hennes to barn sammen.
- 21 Den 18. mai 2017 kontaktet C politiet i Norge og forklarte at han hadde søkt om separasjon i Hellas. Han forklarte at Q, etter UDIs avslag på første søknad om opphold, hadde spurt om de kunne gifte seg slik at hun og barna kunne bo i Norge på bakgrunn av familiegjenforening. C opplyste at han var forelsket i Q da ekteskapet ble inngått. Han innga en skriftlig bekreftelse datert 16. mai 2017 på at han ikke lenger ønsket å være referanseperson for Q, samt en kopi av søknad 28. februar 2017 om skilsmisse i Hellas.
- 22 Q søkte 19. juni 2017 Fylkesmannen i Norge om separasjon.
- 23 Den 2. august 2017 meldte C at han hadde flyttet tilbake til Hellas. Han er registrert utflyttet fra Norge 17. august 2017.
- 24 På tidspunktet for anmodningen var C og Q fortsatt formelt gift. Skilsmissehøringen i Hellas ble utsatt på grunn av covid 19-pandemien.
- 25 Den 15. desember 2017 søkte Q om oppholdstillatelse som familiemedlem til EØS-borger gjennom sønnen A. Den 10. april 2019 ble søknaden avslått av UDI fordi Q og hennes barn A ble ansett for ikke å oppfylle vilkårene for opphold i Norge etter utlendingsloven kapittel 13. Etter klage opprettholdt UNE avslaget i vedtak 13. november 2019.
- 26 Q sendte 25. november 2019 varsel om stevning til UNE. UNE fastholdt avslaget i beslutning 10. desember 2019.
- 27 Q tok 11. desember 2019 ut midlertidig forføyning mot avslaget på søknad om oppholdstillatelse. Hun tok 16. desember 2019 også ut søksmål for Oslo tingrett om gyldigheten av UNEs vedtak og etterfølgende beslutning.
- 28 UNE vurderte av eget tiltak på nytt om vedtaket 13. november 2019 skulle omgjøres. I beslutning 4. februar 2020 opprettholdt UNE konklusjonene i sitt opprinnelige vedtak. Den anså også at Qs familieliv med C ikke var av reell art. Saksøkerne har i prosesskriv 28. februar 2020 bestridt dette og fremlagt dokumentasjon på at C og Q hadde felles bostedsadresse i Hellas fra 2013, og et brev av 15. mai 2015 fra C til Skatteetaten i Norge, hvor han opplyste at han ikke var ugift, men var forlovet med Q. Hun ble ikke orientert om at utlendingsmyndighetene vurderte ekteskapet som et omgåelsesekteskap før UNEs beslutning.
- 29 Ifølge Oslo tingrett har saksøkerne videre anført at A bevarer sin oppholdsrett etter direktivet artikkel 12 nr. 3 uavhengig av morens motiver for inngåelsen av ekteskapet, dvs. også dersom det skulle foreligge misbruk etter artikkel 35.

- 30 Det følger av anmodningen at selv om den norske stat har oppfattet stevningen slik at den gjelder Q og begge hennes barn, er det ikke søkt om oppholdstillatelse for barn B, som er over 18 år. UNEs vedtak gjelder derfor ikke for barn B.
- 31 På denne bakgrunn besluttet Oslo tingrett å utsette saken og forelegge saken for EFTA-domstolen. Anmodningen var datert 18. november 2020 og ble registrert ved EFTA-domstolen samme dag. Oslo tingrett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:
- 1. EU-domstolen har fastslått at artikkel 21 TEUV og direktiv 2004/38/EC gir oppholdsrett i en vertsstat for et mindreårig barn som er borger av en annen EU-stat og som oppfyller vilkårene i artikkel 7(1)(b), og at «de samme bestemmelsene» gir oppholdsrett til en forelder som er barnets forsørger i vertsstaten, jf. for eksempel sak C-86/12 Alokpa avsnitt 29. Samtidig har EU-domstolen fastslått at en slik forelder faller utenfor direktivets personkrets i henhold til artikkel 3(1), jf. Alokpa avsnitt 24–26.*

I en slik situasjon som beskrevet ovenfor, kan forelderens oppholdsrett bygge på direktivet alene eller i lys av EØS-avtalen, eller forutsetter en slik rett at direktivet anvendes sammen med artikkel 21 TEUV, eventuelt at direktivet tolkes utvidende i lys av artikkel 21 TEUV?
 - 2. Direktiv 2004/38/EC artikkel 12(3) gir rett til videre opphold til EØS-borgerens barn som er opptatt ved godkjent utdanningsinstitusjon og personen som har foreldreansvar for barnet dersom EØS-borgeren forlater landet. Kan særkullsbarn av ektefellen til EØS-borgeren, som fikk oppholdsrett med EØS-borgeren som referanseperson, også utlede en slik rett etter direktivet alene eller i lys av EØS-avtalen? Er dette også tilfellet dersom EØS-borgeren forut for utreise har søkt om skilsmisse fra forelderens til særkullsbarnet?*
 - 3. Hvis svaret på spørsmål 2 er ja, er dette også situasjonen dersom ekteskapet til barnets far eller mor var et misbruk etter artikkel 35 i direktiv 2004/38/EC, men ble oppfattet som reelt for EØS-borgeren og barnet?*
- 32 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter vil i det følgende bare bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Innledende bemerkninger

- 33 Ifølge EFTA-domstolens faste rettspraksis etablerer avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») artikkel 34 en særlig ordning for rettslig samarbeid mellom EFTA-domstolen på den ene side og nasjonale domstoler på den annen. Målet er å gi nasjonale domstoler den nødvendige tolkning av EØS-rettslige elementer for å kunne avgjøre sakene de blir forelagt (se sak E-4/19 *Campbell*, dom 13. mai 2020, avsnitt 43).
- 34 For å kunne bistå nasjonale domstoler i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten, kan EFTA-domstolen trekke ut de EØS-rettslige elementer blant de forhold den nasjonale domstol har fremlagt som nødvendiggjør tolkning med hensyn til tvistens gjenstand. EFTA-domstolen kan begrense sin analyse til de bestemmelser i EØS-retten som vil være til nytte for den nasjonale domstol, hvis oppgave er å tolke bestemmelsene i nasjonal rett og fastslå om de er forenlige med EØS-retten (se sak E-4/19 *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 44).
- 35 Selv om den anmodende domstol har stilt spørsmål som gjelder tolkningen av traktaten om Den europeiske unions virkemåte («TEUV») artikkel 21 og direktiv 2004/38, faller det på EFTA-domstolen å gi et så fullstendig og nyttig svar som mulig, og det utelukker ikke EFTA-domstolen fra å gi den anmodende domstol alle elementer for tolkning av EØS-retten som kan være til hjelp når saken som står for den skal avgjøres, enten den anmodende domstol har vist til dem i sine spørsmål eller ikke (se sak E-4/19 *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 45).
- 36 Ut fra omstendighetene i denne sak og for å virkeliggjøre formålet om samarbeid etter ODA artikkel 34, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å vurdere spørsmålene i lys av forordning 492/2011 om fri rørsle for arbeidstakarar. Begrunnelsen for dette er at det fremgår av anmodningen at A er stebarn til en EØS-borger, C. Som beskrevet nærmere nedenfor, synes C å ha vært økonomisk aktiv som arbeidstaker i Norge, noe som ikke er omstridt.

Spørsmål 1

- 37 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om et barn som er statsborger i en EØS-stat har en selvstendig rett til opphold i en annen EØS-stat, og i så fall om hans/hennes hovedforsørger, som er statsborger av et tredjeland, har rett til å bo med barnet i EØS-vertsstaten. Kommisjonen har gjort gjeldende at hovedsaken bør prøves etter bestemmelsene i forordning 492/2011 og ikke direktiv 2004/38.
- 38 Ifølge forordning 492/2011 artikkel 10 første ledd skal barn av en borger av en EØS-stat som arbeider eller har arbeidet på territoriet til en annen EØS-stat, gis tilgang til denne stats

allmennutdanning, herunder lærling- og yrkesfaglig opplæring, på samme vilkår som statsborgere i denne stat, forutsatt at barna er bosatt på dens territorium.

- 39 Ved vurderingen av denne artikkels virkeområde må det nevnes at begrepet arbeidstaker, i den utstrekning det definerer virkeområdet for en grunnleggende frihet i EØS-området, må tolkes vidt. Det vesentlige kjennetegn ved begrepet er at en arbeidstaker i et visst tidsrom yter tjenester for og under ledelse av en arbeidsgiver mot godtgjøring. Videre anses en person som arbeidstaker selv om vedkommende bare arbeider deltid, eller om godtgjøringen som mottas er lavere enn garantert minstelønn i vedkommende stat, forutsatt at den aktuelle virksomhet ikke fremstår som et rent ubetydelig tillegg (se sak E-4/19 *Campbell*, som omtalt over, avsnitt 49 og rettspraksis som det vises til der).
- 40 Det fremgår av anmodningen at C etter å ha flyttet til Norge i mars 2015 utøvde økonomisk virksomhet som ansatt i en pizzarestaurant. Det følger av dette at han utøvde sin rett til fri bevegelighet og hadde status som arbeidstaker etter EØS-avtalen artikkel 28. Spørsmålet om A skal anses som hans barn etter forordning 492/2011, vil bli behandlet nedenfor.
- 41 Under disse omstendigheter blir spørsmålet om en tredjelandsborger, slik som Q, kan kreve oppholdsrett på grunnlag av forordning 492/2011 artikkel 10 i egenskap av å være forsørger for en EØS-borgers barn.
- 42 Siden ordlyden i artikkel 10 i forordning 492/2011 er identisk som den i artikkel 12 i forordning nr. 1612/68, får rettspraksis for tolkningen av artikkel 12 i forordning nr. 1612/68 anvendelse ved tolkningen av artikkel 10 i forordning 492/2011 (jf. dommen i *Jobcenter Krefeld*, C-181/19, EU:C:2020:794, avsnitt 34).
- 43 For det første er det etablert rettspraksis at barnet til en EØS-borger som er eller har vært arbeidstaker og har utøvd retten til fri bevegelighet for å arbeide i en annen EØS-stat, har en selvstendig rett til opphold i EØS-vertsstaten, på grunnlag av retten til likebehandling ved tilgang til utdanning, når barnet ønsker å opptas ved allmennutdanningen i denne EØS-stat. For det andre innebærer anerkjennelsen av at barnet har en selvstendig rett til opphold, at den forelder som er barnets hovedforsørger, bør anses å ha en tilsvarende oppholdsrett (jf. dommen i *Jobcenter Krefeld*, som omtalt over, avsnitt 35).
- 44 Den norske stat har gjort gjeldende at siden Qs sønn, barn A, ikke er biologisk barn eller adoptivbarn av en EØS-borger, men er Cs stebarn, omfattes han ikke av virkeområdet for forordning 492/2011 artikkel 10, som er begrenset til «barna hans/hennar».
- 45 Målet med forordning 492/2011, nemlig å sikre fri bevegelighet for arbeidstakere, krever at arbeidstakerens familie får de best mulige vilkår for å integrere seg i EØS-vertsstaten. Å nekte foreldre som forsørger barna å forbli i EØS-vertsstaten mens disse barn går på skole, kan frata barna en rett de er gitt av lovgiver (jf. dommen i *Jobcenter Krefeld*, som omtalt over, avsnitt 36).

- 46 For dette formål defineres personer med rett til tilgang til utdanning etter forordning 492/2011 artikkel 10 vidt, siden barna selv i visse tilfelle ikke er EØS-borgere og nødvendigvis heller ikke er felles barn av arbeidssinnvandreren og hans ektefelle (jf. dommen i *Baumbast og R*, C-413/99, EU:C:2002:493, avsnitt 56 og 57).
- 47 EFTA-domstolen peker på at Den europeiske unions domstol har tolket retten, som tidligere var nedfelt i forordning nr. 1612/68 artikkel 12 og gjengitt med identisk ordlyd i forordning 492/2011, slik at den innebærer at både arbeidstakerens etterkommere og dennes ektefelles særkullsbarn har rett til opphold sammen med arbeidstakeren. Dersom denne bestemmelse gis en restriktiv tolkning, slik at kun felles barn av arbeidssinnvandreren og ektefellen har en slik rett, vil målet med forordning nr. 1612/68 om å integrere familiemedlemmene til arbeidssinnvandrere ikke bli tatt i betraktning (jf. dommen i *Baumbast og R*, som omtalt over, avsnitt 57 og dommen i *Hadj Ahmed*, C-45/12, EU:C:2013:390, avsnitt 50). Følgelig må uttrykket «barn» forstås slik at det også omfatter arbeidstakerens adoptivbarn og stebarn.
- 48 Det følger av fast rettspraksis at den selvstendige oppholdsrett et barn har etter forordning 492/2011, ikke beror på om foreldrene eller den forelder som forsørger barnet, fortsatt har status som arbeidssinnvandrer i EØS-vertsstaten (jf. dommene i *Ibrahim og Secretary of State for the Home Department*, C-310/08, EU:C:2010:80, avsnitt 29; og *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2010:83, avsnitt 37, 46 og 50). EØS-borgeres barn som er opptatt i det allmenne utdanningssystem i en EØS-vertsstat, kan dermed fortsatt utlede en rett til opphold i vertsstaten etter forordning 492/2011 artikkel 10. Dette gjelder selv etter at forelderen som var arbeidstaker har sluttet å arbeide i denne stat.
- 49 På samme måte har ikke det at den berørte forelder mister status som arbeidstaker noen innvirkning på hovedforsørgers rett til opphold etter forordning 492/2011 artikkel 10, som svarer til retten til det barn han eller hun er hovedforsørger for (jf. dommen i *Jobcenter Krefeld*, som omtalt over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der). I tillegg skal forordning 492/2011 artikkel 10 anvendes uavhengig av andre bestemmelser i EØS-retten, slik som de i direktiv 2004/38, som regulerer vilkårene for utøvelse av en oppholdsrett i en annen EØS-stat (jf. dommen i *Jobcenter Krefeld*, som omtalt over, avsnitt 38 og rettspraksis som det vises til der).
- 50 Videre innebærer retten etter artikkel 10 i forordning 492/2011, sett i lys av kravet om respekt for familieliv, et generelt prinsipp i EØS-retten, nødvendigvis at barnet har rett til å bli ledsaget av den som er hans hovedforsørger, uavhengig av hovedforsørgerens nasjonalitet, og som har rett til å bo sammen med barnet i den EØS-stat under hans utdannelse. Dette gjelder selv om forsørgeren muligens ikke har en selvstendig rett etter EØS-retten. Å nekte tillatelse til å bli i en EØS-stat til en forelder som er den hovedforsørger for barnet som utøver sin rett til utdanning i EØS-vertsstaten, krenker denne rett (jf. dommen i *Baumbast og R*, som omtalt over, avsnitt 72, 73 og 75, og *Ibrahim og Secretary of State for the Home Department*, som omtalt over, avsnitt 31).

Hovedforsørgerens rett til opphold etter forordning 492/2011 som svarer til retten til barnet som han eller hun er hovedforsørger for, gjelder dermed uavhengig av nasjonalitet.

- 51 Følgelig må svaret på det første spørsmål bli at barnet til en EØS-borger som tidligere har arbeidet i en annen EØS-stat, og barnets forelder som er tredjelandsborger og som forsørger barnet, har en avledet rett til opphold etter forordning 492/2011 artikkel 10. Dette gjelder uavhengig av om barnet er felles for EØS-borgeren og ektefellen eller er ektefellens særkullsbarn. I betraktning av EFTA-domstolens konklusjoner med hensyn til forordning 492/2011 er det ikke nødvendig å foreta en vurdering etter bestemmelsene i direktiv 2004/38.

Spørsmål 2

- 52 I lys av svaret på det første spørsmål må det andre spørsmål som er forelagt forstås slik at det gjelder de mulige følger av en situasjon der EØS-borgeren har søkt om skilsmisse fra forelderen til stebarnet.
- 53 Det fremgår av anmodningen at skilsmissen ikke var gjennomført på tidspunktet for anmodningen, selv om C hadde søkt om skilsmisse.
- 54 Som EFTA-domstolen la til grunn i svaret på spørsmål 1, må uttrykket «barn» forstås slik at det omfatter stebarn. At barnets foreldre har skilt seg eller søkt om skilsmisse, og at bare én forelder er EØS-borger som ikke lenger er arbeidsinnvandrer i vertsstaten, er ikke relevant for barnets rett til opphold etter forordning 492/2011 artikkel 10 (jf. *Ibrahim og Secretary of State for the Home Department*, som omtalt over, avsnitt 29 og rettspraksis som det vises til der).
- 55 Svaret på spørsmål 2 må derfor bli at et barn som er særkullsbarn av EØS-borgerens ektefelle som er tredjelandsborger, og har fått oppholdsrett etter forordning 492/2011 artikkel 10 med EØS-borgeren som referanseperson, beholder sin rett til opphold selv om EØS-borgeren har søkt om skilsmisse fra barnets forelder.

Spørsmål 3

- 56 Ved sitt tredje spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om slutningen om at et ekteskap mellom en EØS-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet for å arbeide i en annen EØS-stat og en tredjelandsborger, utgjør misbruk av rettigheter, vil påvirke retten til opphold for et barn under utdanning i EØS-vertsstaten under omstendigheter der ekteskapet ble oppfattet som reelt av EØS-borgeren og barnet.
- 57 I lys av EFTA-domstolens svar på spørsmål 1 vil EFTA-domstolen vurdere spørsmål 3 med utgangspunkt i det generelle prinsipp om forbud mot misbruk av rettigheter.

- 58 Ifølge dette prinsipp kan EØS-statene nekte, oppheve eller tilbakekalle enhver rettighet gitt etter EØS-retten ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, slik som et omgåelsesekteskap (se sak E-1/20 *Kerim*, dom 9. februar 2021, avsnitt 35). Under omstendigheter der barnets og tredjelandetsborgerens avledede rett til opphold er et resultat av misbruk av rettigheter, kan EØS-statene følgelig treffe tiltak som er nødvendig for å motvirke misbruket.
- 59 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om ekteskapet er et omgåelsesekteskap ut fra de konkrete forhold i den enkelte sak. På grunnlag av redegjørelsen for faktum i anmodningen mener EFTA-domstolen det er hensiktsmessig å minne om dens slutninger i *Kerim* (som omtalt over) når det gjelder omgåelsesekteskap.
- 60 Fastsettelsen av misbruk av rettigheter etter EØS-retten er basert på en kumulativ test som kombinerer objektive og subjektive elementer. Det objektive element forutsetter at det fremgår av de konkrete omstendigheter saken gjelder at formålet med reglene ikke er oppnådd til tross for at vilkårene fastsatt i EØS-regelverket formelt sett er oppfylt. Det subjektive element krever en hensikt om misbruk, for å oppnå en fordel av EØS-reglene, ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå denne fordel (se *Kerim*, som omtalt over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der).
- 61 Det subjektive element innebærer ond tro, altså en hensikt om å misbruke eller omgå bestemmelser i EØS-retten eller med urette oppnå fordeler som lovlig utnyttelse av rettigheter etter EØS-retten normalt ville ha medført, med andre ord en legitim og berettiget utnyttelse av rettigheter (se *Kerim*, som omtalt over, avsnitt 39). Et omgåelsesekteskap er et ekteskap som ble inngått i fravær av et reelt forhold mellom partene, og hvor konstruksjonen er rent kunstig og ble inngått med formål uberettiget å oppnå en rettighet etter EØS-retten (se *Kerim*, som omtalt over, avsnitt 47).
- 62 EFTA-domstolen peker på at det kan være at et par har inngått ekteskap av mange grunner, herunder blant annet for å etablere rett til opphold. Dette betyr ikke nødvendigvis og i alle tilfelle at ekteskapet utgjør misbruk av rettigheter, siden fordelene følger naturlig av utøvelsen av rettigheten (se *Kerim*, som omtalt over, avsnitt 48).
- 63 For å kunne fastslå om det foreligger et omgåelsesekteskap, i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil om ekteskapet er reelt, er det nødvendig at de nasjonale myndigheter bringer på det rene, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, at minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandetsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelighet og opphold heller enn å etablere et reelt ekteskap (se *Kerim*, som omtalt over, avsnitt 50).
- 64 Under omstendigheter der det foreligger et omgåelsesekteskap, kan en tredjelandetsborger ikke påberope seg rettigheter vedkommende ellers ville ha oppnådd i EØS-vertsstaten dersom ekteskapet hadde vært reelt.

- 65 EFTA-domstolen peker på at formålet med regelen som gir avledet rett til opphold til en EØS-borgers ektefelle som er tredjelandsborger, og deres felles barn eller ektefellens særkullsbarn, er å gjøre det mulig for arbeidstakeren å fortsette familielivet som er etablert eller styrket, uten å begrense arbeidstakerens rett til fri bevegelighet (se sak E-28/15 *Jabbi*, Sml. 2016 s. 575, avsnitt 65 og 67 og rettspraksis som det vises til der). Å nekte slik oppholdsrett ville gripe inn i EØS-borgernes utøvelse av retten til fri bevegelighet (jf. *Baumbast og R*, som omtalt over, avsnitt 52).
- 66 Dersom ekteskapet mellom en EØS-borger og en tredjelandsborger er en videreføring av et reelt forhold, er det faktum at minst én av ektefellene har inngått ekteskapet hovedsakelig for å oppnå rettigheter etter EØS-retten, slik som retten til opphold i en bestemt EØS-stat, ikke relevant i vurderingen av deres rettslige stilling av nasjonale myndigheter (jf. dommen i *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, avsnitt 61). Det kan for eksempel være at et par som har etablert eller styrket familielivet i én EØS-stat uten å være gift, har til hensikt å flytte til en annen EØS-stat for å begynne å arbeide der og inngår ekteskap for å oppnå oppholdsrett for tredjelandsborgeren i denne stat slik at de kan fortsette sitt familieliv. Under slike omstendigheter har formålet med reglene faktisk blitt oppnådd. Det at tredjelandsborgeren oppnår retten til opphold, kan ikke i seg selv medføre at ekteskapet må anses som kunstig og som et omgåelsesekteskap.
- 67 EFTA-domstolen har derfor kommet til at svaret på spørsmål 3 må bli at dersom myndighetene i en EØS-stat har fastslått at et ekteskap mellom en EØS-borger og en tredjelandsborger utgjør et omgåelsesekteskap, kan EØS-staten treffe ethvert nødvendig tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter avledet av slikt misbruk. Slike tiltak må være forholdsmessige og i tråd med garantiene for rett saksbehandling.

IV Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Barnet til en EØS-borger som tidligere har arbeidet i en annen EØS-stat, og barnets forelder som er tredjelandsborger og som forsørger barnet, har en avledet rett til opphold etter artikkel 10 i europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri rørsle for arbeidstakarar innanfor Unionen. Dette gjelder uavhengig av om barnet er felles for EØS-borgeren og ektefellen eller er ektefellens særkullsbarn.**
- 2. Et barn som er særkullsbarn av EØS-borgerens ektefelle som er tredjelandsborger og har fått oppholdsrett på grunnlag av forordning (EU) nr. 492/2011 artikkel 10 med EØS-borgeren som referanseperson, beholder sin rett til opphold selv om EØS-borgeren har søkt om skilsmisse fra barnets forelder.**
- 3. Dersom myndighetene i en EØS-stat har fastslått at et ekteskap mellom en EØS-borger og en tredjelandsborger utgjør et omgåelsesekteskap, kan EØS-staten treffe ethvert nødvendig tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter avledet av slikt misbruk. Slike tiltak må likevel være forholdsmessige og i tråd med garantiene for rett saksbehandling.**

Páll Hreinsson

Per Christiansen

Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 23. november 2021.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President