



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 1. juli 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Ragnhild Noer
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Erik Thyness

HR-2021-1435-A, (sak nr. 19-163380SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 6. september 2019

A (advokat Javeed Hussain Shah – til prøve)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten
v/advokat Marius Stub)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Thyness:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder gyldigheten av vedtak om bortvisning fra Norge av en person etter at han fikk avslag på sin søknad om oppholdsrett som ektefelle av en EØS-borger. Spørsmålet er om det foreligger et såkalt omgåelsesekteskap, jf. utlendingsloven § 120 sjette ledd.
- (3) A – heretter omtalt som A – er født 00.00.1985 i Kunar-provinsen i Afghanistan. Han forlot landet i 2005 og oppholdt seg i Pakistan, Iran og Tyrkia før han ankom Hellas i 2008. I 2009 tok han seg til Romania. Den 24. februar 2010 ble han innvilget beskyttelse i Romania.
- (4) Den 18. desember 2012 inngikk A religiøst ekteskap i Bucuresti med B – heretter omtalt som B eller B. Den 21. april 2015 giftet de seg borgerlig i Bucuresti. B tok samtidig etternavnet A.
- (5) Ekteparet ankom Norge 16. desember 2015. De registrerte seg som bosatt på adressen --- 00 i Oslo.
- (6) A søkte 21. februar 2016 om oppholdskort som familiemedlem til EØS-borger. Søknaden ble behandlet av Utlendingsdirektoratet (UDI) i samarbeid med politiets avsnitt for arbeids- og EØS-saker. Politiet gjennomførte forvaltningsintervju med begge ektefellene 23. september 2016, 31. mars 2017 og 10. mai 2017, og det ble som ledd i saksbehandlingen utarbeidet flere politirapporter.
- (7) UDI fattet 22. januar 2018 vedtak om avslag på søknad om oppholdskort i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd. UDI mente at A hadde inngått ekteskapet med hovedformål om å skaffe seg oppholdsrett i Norge. I vedtaket ble A også bortvist fra Norge i medhold av utlendingsloven § 121 første ledd bokstav b. Vedtaket ble påklaget.
- (8) Utlendingsnemnda (UNE) fattet 1. august 2018 vedtak der klagen ikke ble tatt til følge. UNE var enig med UDI i at As hovedformål med ekteskapet var å skaffe seg oppholdsrett i Norge, og at adgangen til å bortvise ham fra landet burde benyttes.
- (9) A begjærte vedtaket omgjort, og varslet samtidig om at han ville ta ut søksmål mot staten ved Utlendingsnemnda med påstand om at vedtaket skulle kjennes ugyldig.
- (10) Ved UNEs beslutning 18. september 2018 ble omgjøringsbegjæringen ikke tatt til følge.
- (11) Den 7. november 2018 ble A uttransportert til Romania.

Saksgangen for domstolene

- (12) A tok ut stevning for Oslo tingrett, som 21. desember 2018 avsa dom med slik slutning:

- «1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
2. A betaler kr. 81 200 – åttientusentohundre – i sakskostnader til Staten v/Utlendingsnemnda innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.»
- (13) A anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 6. september 2019 avsa dom med slik slutning:
- «1. Anken over tingrettens dom, domsslutningens punkt 1, forkastes.
2. Sakskostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.»
- (14) A har anket lagmannsrettens dom. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling, bevisbedømmelse og rettsanvendelse.
- (15) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 9. desember 2019 ble anken tillatt fremmet «for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd».
- (16) Saksforberedende dommer besluttet 15. januar 2020 å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. I anmodningen, som ble sendt 3. mars 2020, ba Høyesterett om EFTA-domstolens svar på følgende spørsmål:
- «Hvilke kriterier skal legges til grunn ved vurderingen om man står overfor et proformaekteskap som rammes av misbruksregelen i direktiv 2004/38/EF artikkel 35? Det vil være nyttig om EFTA-domstolen særskilt kommenterte følgende:
- a) Har EØS-borgerens subjektive hensikt med ekteskapsinngåelsen noen betydning for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap?
- b) Dersom tredjelandsborgerens hensikt er det sentrale for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap i direktivets forstand, kreves det at tredjelandsborgerens ønske om rett til opphold har vært det eneste formålet med ekteskapsinngåelsen, eller er det tilstrekkelig at dette har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen?»
- (17) EFTA-domstolen avga ved dom E-1/20 den 9. februar 2021 rådgivende uttalelse med slik slutning:
- «1. For å kunne fastslå om det foreligger et omgåelsesekteskap etter artikkel 35 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, i tilfelle hvor det er rimelig tvil om det aktuelle ekteskapet faktisk er ekte, er det nødvendig at de nasjonale myndigheter, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, finner at minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelighet og opphold, heller enn for å etablere et reelt ekteskap.
2. For å kunne fastslå om man står overfor et omgåelsesekteskap etter artikkel 35 i direktiv 2004/38, i tilfelle hvor det er rimelig tvil om det aktuelle ekteskapet faktisk er ekte, må de faktiske forhold bringes på det rene og vurderes i sin helhet, noe som innebærer at en EØS-borgers subjektive

hensikt med å inngå ekteskap med en tredjelandsborger må tas i betraktning.»

- (18) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (19) Den ankende part – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (20) Utlendingsloven § 120 sjette ledd gjelder for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og skal sikre deres rett til fri bevegelighet. Vurderingen av om hovedformålet med et ekteskap er å oppnå lovlig opphold i EØS-området, er ikke sammenfallende med vurderingen etter lovens § 40 fjerde ledd, som gjelder for andre utlendinger. Adgangen til å nekte opphold fordi et ekteskap ikke er reelt, er et unntak fra hovedregelen om fri bevegelighet og skal tolkes snevert.
- (21) Etter en direktivkonform tolkning skal § 120 sjette ledd tolkes slik at vurderingen skal bygge på det samlede faktumbildet på domstidspunktet. Man kan da ikke bare se på forholdene på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen, med ensidig vekt på forhold som taler mot at ekteskapet er reelt. Det er videre begge parters formål, og ikke bare formålet til tredjelandsborgeren, som skal vurderes.
- (22) Partene hadde et reelt samliv i EU-landet Romania. Dette taler imot at ekteskapet er inngått med hovedformål om å skaffe A lovlig opphold i Norge.
- (23) Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv må tillegges vekt ved tolkningen av utlendingsloven.
- (24) Lagmannsretten har bygget på uriktig lovtolkning. Siden anken bare er henvist for så vidt angår lovtolkningen, har Høyesterett ikke forsvarlig grunnlag for å avsi ny dom og lagmannsrettens dom må derfor oppheves.
- (25) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom av 06.09.2019 oppheves.
 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å erstatte ankende parts saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.»
- (26) Ankemotparten – *staten ved Utlendingsnemnda* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (27) Lagmannsrettens rettsanvendelse er korrekt.
- (28) Ved avgjørelsen av om hovedformålet med As og Bs ekteskap var å skaffe A lovlig opphold innenfor EØS-området, skal retten som hovedregel bygge på faktum på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen. Ved vurderingen av andre spørsmål, skal retten bygge på forholdene på tidspunktet for forvaltningsvedtaket. Etterfølgende forhold kan imidlertid kaste lys over forholdene på de nevnte tidspunktene.

- (29) Bestemmelsen i utlendingsloven § 120 sjette ledd skal tolkes i samsvar med det generelle EU-rettslige prinsipp om misbruk av rettigheter. Dette innebærer at det av de faktiske omstendigheter må fremgå at formålet med reglene objektivt sett ikke er oppnådd.
- (30) Misbruksformålet må være det hovedsakelige formålet; det behøver ikke være det eneste formålet.
- (31) Det er tilstrekkelig at minst én av ektefellene har hatt misbruksformål. Det er ikke nødvendig at EØS-borgeren har hatt slikt formål, men EØS-borgerens eventuelle onde tro kan trekkes inn i en totalvurdering.
- (32) Beskyttelse etter EMK artikkel 8 forutsetter at det foreligger «close family ties». Det er ikke tilfelle i vår sak.
- (33) Staten ved Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Staten ved Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»

Mitt syn på saken

Utgangspunkter

- (34) Lagmannsretten har kommet til at A ikke har rett til opphold i Norge fordi hans hovedsakelige formål med å inngå ekteskapet med B var å skaffe seg oppholdsrett.
- (35) Anketillatelsen er som nevnt begrenset til rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd. Høyesterett må følgelig bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist.
- (36) Når det gjelder vilkårene for at forvaltningen kan nekte opphold, kan Høyesterett prøve både den generelle lovtolkningen og den konkrete rettsanvendelsen, jf. Rt-2015-1388 *internflukt*, hvor annenvoterende, som her målbar synet til et flertall av dommerne, i avsnitt 222 uttaler at «[o]m de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet». Hvis vilkårene er oppfylt, følger det imidlertid av lovens ordlyd at det hører under forvaltningens frie skjønn å avgjøre om A skal nektes opphold, jf. bruken av ordene «kan nektes» i denne sammenheng.
- (37) Utlendingsloven regulerer utlendingers adgang til Norge og deres opphold her. Loven inneholder blant annet regler om visum, asyl, oppholdstillatelse og nektelse eller opphør av adgangen til å oppholde seg i Norge.
- (38) De alminnelige reglene om familieinnvandring fremgår av utlendingsloven kapittel 6, som blant annet omfatter § 40 om oppholdstillatelse for ektefeller av norske og nordiske statsborgere mv.

- (39) Lovens kapittel 13 ble føyet til ved lov 9. januar 2009 nr. 1 og gjennomfører EUs direktiv 2004/38/EF – unionsborgerdirektivet – i norsk rett. Det er her gitt særlige regler for utlendinger som er EØS-borgere og deres familiemedlemmer, herunder ektefeller, jf. lovens § 110. Reglene om rett til opphold i mer enn tre måneder og varig oppholdsrett for EØS-borgere fremgår av henholdsvis § 113 og § 115, mens de tilsvarende regler for deres ektefeller og øvrige familiemedlemmer, dersom de ikke selv er EØS-borgere, fremgår av henholdsvis § 114 og § 116.
- (40) Det følger av utlendingsloven § 118 at et familiemedlem som ikke er EØS-borger, plikter å anskaffe såkalt oppholdskort. Oppholdskort er et bevis for oppholdstillatelse, men ordet brukes i § 120 sjette ledd åpenbart som en referanse til selve oppholdsretten.
- (41) Utlendingsloven § 120 er ment å følge opp unionsborgerdirektivet artikkel 35 om misbruk av rettigheter, jf. Prop. 30 L (2009–2010) side 7. Det følger videre av utlendingsloven § 3 at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Direktivet får dermed sentral betydning for lovtolkningen og går i tilfelle motstrid foran det som følger av øvrige kilder.
- (42) Det er i vår sak som nevnt innhentet en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. Betydningen av slike uttalelser er behandlet i HR-2016-2554-P *Holship*. Det fremgår der av avsnitt 76–78 at slike uttalelser ikke er formelt bindende, noe som innebærer at de nasjonale domstoler må ta selvstendig stilling til EØS-retten. Det skal imidlertid legges stor vekt på EFTA-domstolens syn; fravikelse krever «gode og tungtveiende grunner». Partene er enige om at EFTA-domstolens uttalelse kan legges til grunn som uttrykk for gjeldende EØS-rett i vår sak. Jeg slutter meg til dette og vil med hensyn til EØS-retten stort sett bygge direkte på EFTA-domstolens uttalelse.
- (43) Etter innarbeidet norsk juridisk terminologi omtales ekteskap som rammes av utlendingsloven § 120 sjette ledd som omgåelsesekteskap, mens det tidligere gjerne ble omtalt som proformaekteskap. jf. Rt-2013-937 avsnitt 29. I unionsborgerdirektivet synes ordvalget til dels å ha noe ulik valør fra språkversjon til språkversjon. Generelt bør det nok legges liten vekt på ordvalget her; betegnelse må nærmest betraktes som stikkord.

Lovtolkningsspørsmålene

- (44) Saken gjelder tolkningen av utlendingsloven § 120 sjette ledd, som under overskriften «Tilbakekall av oppholdsdokumenter mv.» har følgende ordlyd:
- «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.»
- (45) Med «referansepersonen» menes etter utlendingsloven § 39 «den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med», det vil i vår sak si B.
- (46) Som nevnt er § 120 sjette ledd ment å gjennomføre unionsborgerdirektivet artikkel 35 som har overskriften «Misbruk av rettigheter». Bestemmelsen lyder slik:

«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.»

- (47) Hvorvidt et ekteskap er inngått «med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området», beror på en totalvurdering. Jeg viser her til Rt-2013-937 avsnitt 37:

«I Ot.prp.nr.75 (2006–2007) gir departementet ein del døme på moment som vil vere avgjerande for vurderinga. Eg går ikkje inn på desse, men viser til den generelle utsegna i proposisjonen side 190 om at ‘vurderingen vil bli foretatt på bakgrunn av objektive momenter’. Samtidig er det understreka at opprekninga ikkje er uttømande, og at vurderinga også må tilpassast kvart einskilt tilfelle. Slik eg oppfattar dette, må det såleis gjerast ei samla vurdering med utgangspunkt i objektive moment.»

- (48) I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 37 er, for så vidt gjelder unionsborgerdirektivet artikkel 35, totalvurderingen beskrevet slik:

«Fastsettelsen av misbruk av rettigheter etter EØS-retten er basert på en kumulativ test som kombinerer objektive og subjektive elementer. Det objektive element forutsetter at det fremgår av de konkrete omstendigheter saken gjelder at formålet med reglene ikke er oppnådd til tross for at vilkårene fastsatt i EØS-regelverket formelt sett er oppfylt. Det subjektive element krever en hensikt om misbruk for å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå denne fordel (se Campbell, som omtalt over, avsnitt 70 og rettspraksis som det vises til der).»

- (49) Jeg oppfatter ikke at det er noen motsetning mellom henvisningen til «utgangspunkt i objektive moment» i 2013-avgjørelsen og henvisningen til «objektive og subjektive elementer» i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Det sentrale er at den samlede vurderingen av saken må foretas med utgangspunkt i de ytre omstendigheter i den enkelte sak.
- (50) I avsnitt 41 peker EFTA-domstolen på at det følger av fast rettspraksis at «den avledede rett til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger, foreligger for å sikre at EØS-borgeren effektivt kan utøve sin rett til fri bevegelighet».
- (51) Tolkningsspørsmålene i vår sak knytter seg til enkelte sider av den totalvurderingen som skal foretas. For det første er det spørsmål om loven skal tolkes slik at formålet om å skaffe oppholdsrett må være det *eneste* formålet med ekteskapsinngåelsen, eller om også andre – men da mer underordnede – formål kan være til stede. For det annet er det spørsmål om det bare er søkerens formål som er relevant, eller om også referansepersonens formål skal tas i betraktning, og i tilfelle på hvilken måte. For det tredje er det spørsmål om vilkåret skal vurderes ut fra forholdene på vielsestidspunktet, eller om det skal foretas en bredere vurdering der man også legger vekt på etterfølgende forhold. Endelig er det spørsmål om betydningen av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.
- (52) Før jeg går inn på disse tolkningsspørsmålene, nevner jeg at formuleringene i § 40 fjerde ledd, som gjelder ektefeller av blant annet norske og nordiske borgere, og § 120 sjette ledd, som gjelder ektefeller av EØS-borgere, er noe forskjellige. Mens kriteriet i § 40 fjerde ledd er at «det *hovedsakelige formålet* med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et

grunnlag for opphold», er kriteriet i § 120 sjette ledd at «ekteskapet er inngått ... med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold ...». Jeg kan ikke se at det er noen innholdsmessig forskjell mellom de to formuleringene. Forarbeidene til lovendringen i 2009 der § 120 kom inn i loven, gir heller ingen indikasjoner på at det var meningen å ha ulike kriterier for anvendelsen av de to bestemmelsene. Jeg legger følgelig til grunn at de har samme innhold, og at forarbeidene til § 40 fjerde ledd har samme betydning ved tolkningen av begge bestemmelser.

- (53) Endelig nevner jeg at de to siste ordene i lovteksten på vedtakstidspunktet var «i riket» og ikke «innenfor EØS-området». Det fremgår imidlertid av Prop. 49 L (2019–2020) punkt 4.3.4 at endringen kun var ment som en presisering av at opphold *også* kan nektes hvis formålet er knyttet til opphold i et annet EØS-land enn Norge. Endringen får følgelig ingen betydning i vår sak.

Rett til opphold – hovedsakelig formål eller eneste formål?

- (54) Etter ordlyden i utlendingsloven § 120 sjette ledd er det avgjørende om ekteskapet er inngått «med det hovedformål» å få rett til opphold. Ordlyden taler dermed klart for at det ikke er til hinder for å anvende § 120 sjette ledd at det også kan være andre motiver for ekteskapet, såfremt disse motivene er av underordnet art.
- (55) Forarbeidene viser at dette er et bevisst valg fra lovgivers side. I NOU 2004: 20 Ny utlendingslov går lovutvalget på side 227–228 først igjennom svensk og dansk rett, samt unionsborgerdirektivet, som det tolker slik at vurderingskriteriet der er knyttet til om det «utelukkende» har vært et formål å oppnå oppholdstillatelse. Utvalget oppsummerer deretter som følger:

«Utvalgets anbefaling er at man velger en bestemmelse noenlunde etter dansk mønster, og legger avgjørende vekt på om det fremstår som sannsynlig at det hovedsakelige formål har vært å etablere et oppholdsgrunnlag for søkeren.

Det vil måtte utøves en betydelig grad av skjønn i den enkelte sak for å avgjøre hvorvidt man står overfor et tilfelle hvor opphold kan nektes etter en slik bestemmelse. Dette kan likevel ikke anses å innebære noen større fare for at vedtak blir fattet på grunnlag av tilfeldige avveininger ...»

- (56) I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 190 slutter departementet seg til utvalgets forslag om å innføre en bestemmelse som legger avgjørende vekt på hva som har vært hovedformålet for partene med ekteskapsinngåelsen og uttaler at forslaget «vil redusere de kontrolltekniske og bevismessige problemene som er knyttet til praktiseringen av gjeldende rett». Departementet oppsummerer kriteriets innhold slik:

«Den foreslåtte proformabestemmelsen utvider bevistemaet ved at det vil være tilstrekkelig for å avslå søknaden at oppholdstillatelse har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapet. Utvalget nevner spesielt at tilfeller hvor det kun er søkeren som har som formål at ekteskapet skal danne grunnlag for oppholdstillatelse, vil være vanskelig å avgjøre ... Det vises til at søkere fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det isolert sett ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet ...»

- (57) Min konklusjon så langt er at forarbeidene underbygger at utlendingsloven § 120 sjette ledd må tolkes i samsvar med ordlyden slik at det er tilstrekkelig at formålet med ekteskapet *hovedsakelig* har vært å oppnå rett til opphold.
- (58) I sin rådgivende uttalelse viser EFTA-domstolen i avsnitt 47 til avsnitt 2.2 i EU-kommisjonens «Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens». Det fremgår der at et omgåelsesekteskap ofte er et ekteskap «som ble inngått i fravær av et reelt forhold mellom partene, og hvor konstruksjonen er rent kunstig og ble inngått utelukkende for det formål uberettiget å oppnå en rettighet etter EØS-retten.»
- (59) EFTA-domstolen bemerker deretter i avsnitt 48 at et ektepar kan ha inngått ekteskapet av et antall grunner, «herunder blant annet for å etablere rett til opphold». Den uttaler så følgende i avsnitt 49–50:
- «På grunnlag av ovennevnte er et omgåelsesekteskap et ekteskap som ikke oppfyller testen på et reelt ekteskap, ettersom det representerer et kunstig etablert vilkår som en tredjelandsborger vil få en uberettiget fordel på grunnlag av. I en situasjon der det foreligger tvil om et ekteskap er reelt, bør nasjonale myndigheter bringe på det rene om minst én av ektefellene har inngått ekteskapet hovedsakelig for å oppnå en uberettiget fordel som er i strid med målene for direktivet. Dette forutsetter at det foreligger et *conditio sine qua non*, altså at det foreligger et vesentlig formål, som er en urettmessig oppnåelse av en rettighet under EØS-retten, som en eller begge parter ikke ville ha inngått ekteskapet uten, det vil i dette tilfelle si at ekteskapet ikke ville ha blitt inngått av minst én av ektefellene om det ikke hadde vært for formålet om urettmessig å oppnå avledede rettigheter til fri bevegelighet og opphold for tredjelandsborgeren. Begrepet hovedsakelig formål dekker også tilfelle der et slikt formål utgjør det eneste formål med ekteskapsinngåelsen, fordi hvor et formål er det eneste er det – nødvendigvis – også hovedformålet (jf. dommen i Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, avsnitt 53 og rettspraksis som det vises til der).
- På denne bakgrunn må svaret på den andre del av spørsmålet bli at for å kunne fastslå om det foreligger et omgåelsesekteskap etter direktivet artikkel 35, i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil om ekteskapet er reelt, er det nødvendig at de nasjonale myndigheter bringer på det rene, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, at minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelighet og opphold heller enn å etablere et reelt ekteskap»
- (60) Jeg kan ikke se at det er noen motsetning mellom det EFTA-domstolen her gir uttrykk for, og de slutninger jeg har trukket av de rent nasjonale rettskildene. Jeg nevner for ordens skyld at begrepet «*conditio sine qua non*» som EFTA-domstolen benytter i sitatet ovenfor – og som direkte oversatt vel svarer til «nødvendig forutsetning», som er benyttet i Rt-2013-937 – rent språklig kan forstås slik at det er tilstrekkelig at ekteskapet ikke ville ha vært inngått om utsikten til lovlig opphold ikke hadde vært til stede. Dette har imidlertid neppe vært meningen. Jeg forstår da også EFTA-domstolen slik at når den viser til «vesentlig formål» i denne sammenheng, så er det ment å understreke at hensynet til urettmessig oppnåelse av oppholdsrett må være det *hovedsakelige* formålet med ekteskapet.

- (61) Min konklusjon er etter dette at utlendingsloven § 120 sjette ledd ikke bare omfatter tilfeller der ønsket om å oppnå rett til opphold er det eneste formålet med ekteskapet, men også tilfeller der andre, mer underordnede, hensyn spiller inn. Det er altså i tråd med lovens formulering «hovedformål» tilstrekkelig at ønsket om rett til opphold er det hovedsakelige formålet. Hvorvidt dette er tilfellet, må som tidligere fremholdt avgjøres konkret i den enkelte sak med utgangspunkt i objektive momenter, jf. Rt-2013-937 avsnitt 37.

Betydningen av referansepersonens formål med ekteskapet

- (62) Ordlyden i utlendingsloven § 120 sjette ledd knytter seg til hovedformålet med ekteskapet uten å presisere om dette gjelder begge ektefeller eller bare en av dem. Spørsmålet er her om det bare er søkerens formål som er relevant, eller om også formålet til EØS-borgeren – referansepersonen – skal tas i betraktning, og i tilfelle på hvilken måte.
- (63) Lovens ordlyd er knyttet til ekteskapet som sådant og ikke til en spesiell part. Siden det problemstillingen gjelder, er rett til opphold for søkeren, er det imidlertid naturlig at det vil være søkerens eget motiv som er det sentrale. Det er nok sjelden at søkeren tar sikte på et reelt ekteskap, mens referansepersonen ikke gjør det.
- (64) Det motsatte fremstår som en mer praktisk problemstilling. Referansepersonen kan ønske – og kanskje tro – at ekteskapet skal være reelt, mens søkerens formål er oppholdsrett. Hvis referansepersonen i en slik situasjon er ført bak lyset av søkeren, kan dette ikke være til hinder for å konstatere at det foreligger et omgåelsesekteskap.
- (65) Jeg forstår EFTA-domstolens rådgivende uttalelse slik at den bygger på dette synet. I avsnitt 50 og i punkt 2 i svaret på Høyesteretts spørsmål uttaler domstolen at det er en nødvendig forutsetning for at det skal foreligge et omgåelsesekteskap at «minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelse og opphold heller enn å etablere et reelt ekteskap». Samtidig uttaler domstolen i avsnitt 57 at «[s]iden et reelt ekteskap ... forutsetter god tro hos begge parter, må en erklæring fra EØS-borgeren om ekteskapets art og formålet med ekteskapsinngåelsen vurderes og tas i betraktning i den samlede vurdering». Det forutsettes altså at referansepersonens formål kan være relevant i totalvurderingen i den konkrete sak.
- (66) Konklusjonen på dette punkt er at det ikke er noe krav om at mer enn én av partene – i praksis normalt søkeren – har hatt som sitt hovedsakelige formål med ekteskapsinngåelsen å sikre søkeren rett til opphold.

Betydningen av forhold etter ekteskapsinngåelsen

- (67) Utlendingsloven § 120 sjette ledd knytter vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap til hovedformålet med ekteskapet. Det følger naturlig av dette at det er motivasjonen på vielsestidspunktet som er avgjørende. Dette er også lagt til grunn i Rt-2013-937 avsnitt 31:

«I § 40 fjerde ledd blir det tala om 'formålet med inngåelsen av ekteskapet'. Reglane om å inngå ekteskap står i ekteskapslova kapittel 3, og knytter seg til handlingar ved

vigselen. Etter ordlyden er det dermed vigselstidspunktet som er avgjerande. Det er ikkje utsegner i førearbeida som gir grunnlag for noka anna forståing enn den som følgjer av den klare ordlyden i lova.»

- (68) Det fremgår imidlertid av avsnitt 32, hvor det vises til Rt-2012-1985 *Lengeværende barn I* avsnitt 81, at det er adgang til å påberope seg nye bevis som kaster lys over forholdene på vielsestidspunktet.
- (69) Slik jeg leser EFTA-domstolen, bekrefter den det jeg nå har sagt allerede i avsnitt 49 i den rådgivende uttalelsen der det tas utgangspunkt i at det avgjørende er om minst én av ektefellene «har inngått» ekteskapet «for å oppnå en uberettiget fordel» og viser til at dette forutsetter at en eller begge parter «ikke ville ha inngått» ekteskapet om det ikke hadde vært for det urettmessige formålet. Dette utgangspunktet følges opp i avsnitt 50 og i punkt 2 i svaret på Høyesteretts spørsmål, som jeg allerede har gjengitt.
- (70) Jeg kan heller ikke se at noe annet følger av avsnitt 55–56 i EFTA-domstolens uttalelse. Det uttales her at det påligger myndighetene å bringe på det rene om «arten av det aktuelle ekteskap ikke er reelt» og nevnes som eksempel at det kan «være relevant å ta hensyn til hvor lenge forholdet har vart på det tidspunkt vedkommende søker om opphold». Slike momenter vil utvilsomt måtte tillegges vekt ved anvendelsen av § 120 sjette ledd fordi de kan kaste lys over hva som var formålet med ekteskapet.
- (71) Etter dette kan jeg ikke se at EØS-retten gir grunn til å justere den etablerte forståelsen av reglene om omgåelsesekteskap på dette punkt.

Betydningen av EMK artikkel 8

- (72) Det følger av menneskerettsloven § 2 jf. § 3 at EMK artikkel 8, som i norsk versjon har overskriften «Retten til respekt for privatliv og familieliv», gjelder som norsk lov og ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning.
- (73) EFTA-domstolen uttaler følgende i sin rådgivende uttalelse avsnitt 43:
- «Grunnleggende rettigheter utgjør en del av EØS-rettens generelle prinsipper. EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon ('EMK'), som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv, og dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol ('EMD') er viktige kilder når det gjelder å fastslå omfanget av disse grunnleggende rettigheter (se forente saker E-11/19 og E-12/19 *Adpublisher AG mot J og K*, dom 10. desember 2020, avsnitt 50, og sak E-14/15 *Holship*, Sml. 2016 s. 240, avsnitt 123). I denne sammenheng må det pekes på at EØS-statene, og særlig deres domstoler, ikke bare må tolke sin nasjonale rett på en måte som er i samsvar med EØS-retten, men også har plikt til å sikre at tolkningen og anvendelsen av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, ikke kommer i konflikt med grunnleggende rettigheter som er beskyttet etter EØS-retten (jf. dommene i B. M. M. m.fl., C-133/19, C-136/19 og C-137/19, EU:C:2020:577, avsnitt 33, og O m.fl., som omtalt over, avsnitt 78.»
- (74) Det er altså på det rene at rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen må tolkes og anvendes i samsvar med EMK.

- (75) Normalt vil dette imidlertid ikke være noe sentralt tema i tilknytning til omgåelsesekteskap, som bare foreligger hvis formålet ikke har vært å etablere et reelt ekteskap.
- (76) Jeg nøyer meg her med å vise til Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, 2018 hvor det på side 234 er uttalt følgende:

«EMDs prinsipielle utgangspunkt står ikke i veien for at det også i familiegjenforeningssaker er realiteten som er avgjørende. Dette kan bety at det ses bort fra et formelt ekteskap som aldri har hatt noen realitet (proforma).»

- (77) Når det gjelder de grunnleggende forutsetninger for at EMK artikkel 8 skal komme til anvendelse i slik sammenheng, viser jeg til EMDs storkammerdom 24. januar 2017 *Paradiso og Campanelli mot Italia* avsnitt 140–141, hvor det er uttalt følgende:

«The existence or non-existence of ‘family life’ is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties ... The notion of ‘family’ in Article 8 concerns marriage-based relationships, and also other de facto ‘family ties’ where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy ...

The right to respect for ‘family life’ does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family ... or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father ... or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established.»

- (78) En grunnleggende forutsetning for at EMK artikkel 8 skal komme til anvendelse, er altså at det er etablert nære personlige bånd mellom dem som søker gjenforening.

Oppsummering av lovtolkningsspørsmålene

- (79) Hvorvidt et ekteskap er inngått «med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området», beror på en totalvurdering av objektive og subjektive elementer med utgangspunkt i de ytre omstendigheter i den enkelte sak.
- (80) Utlendingsloven § 40 fjerde ledd, som gjelder ektefeller av norske og nordiske borgere samt enkelte tredjelandsborgere med lovlig opphold, og utlendingsloven § 120 sjette ledd, som gjelder for ektefeller av EØS-borgere, har noe ulik utforming. Innholdsmessig gir de imidlertid angivelse på samme norm for vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap.
- (81) Det er et omgåelsesekteskap dersom oppnåelse av rett til opphold var det *hovedsakelige* formålet med ekteskapet. Så lenge dette vilkåret er oppfylt, foreligger et omgåelsesekteskap selv om det også har vært andre, mer underordnede, motiver for ekteskapet.
- (82) Det er tilstrekkelig for at det kan foreligge et omgåelsesekteskap at én av ektefellene – typisk søkeren – inngikk ekteskapet hovedsakelig for at søkeren skulle få rett til opphold.

- (83) Vurderingen av om ekteskapet er inngått med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold, skal foretas med utgangspunkt i forholdene på vielsestidspunktet, men bevis knyttet til etterfølgende omstendigheter er relevante i den utstrekning de kaster lys over hva som har vært formålet med å inngå ekteskapet.
- (84) EMK artikkel 8 om rett til respekt for familieliv og privatliv kan ha betydning under forutsetning av at det er etablert nære personlige bånd mellom partene. Dette beror imidlertid på realitetene, slik at omgåelsesekteskap ikke i seg selv vil gi grunnlag for beskyttelse etter denne bestemmelsen.

Den konkrete rettsanvendelsen

- (85) Anken er som nevnt bare henvist for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd, slik at Høyesterett skal legge lagmannsrettens bevisvurdering uprøvet til grunn.
- (86) Lagmannsretten oppsummerer i sin konkrete bevisvurdering forholdet mellom partene slik:
- «Ekteparet har ikke klart å gi eksempler på hendelser eller detaljer fra sitt samliv, og de har etter det opplyste ingen økonomiske bindinger eller felles økonomiske forpliktelser. Etter egne forklaringer har de oppholdt seg sammen i Romania og til dels i Storbritannia siden B reiste fra Norge siste gang i januar 2019, men de har ikke lagt fram noen dokumentasjon for dette. Etter lagmannsrettens syn er det påfallende at A avga forklaring for lagmannsretten fra Storbritannia, mens B avga forklaring fra Bucuresti. Selv om de begge forklarte at B inntil nylig hadde vært med A i Storbritannia, og at de snart skal gjenforenes, inngår dette i et mønster hvor ektefellene ikke har klart å vise til noe som peker i retning av et reelt samliv. At Bs sønn forklarte at moren og A hadde et normalt samliv, kan på denne bakgrunnen ikke tillegges særlig vekt.»
- (87) Videre har lagmannsretten blant annet vist til at A under opphold i Norge i september 2013, altså mer enn ett år etter den religiøse vielsen med B, opplyste til politiet at han bodde hos sin kjæreste ved navn C i --- 00 i Oslo, og at han omtalte dette som sitt hjem.
- (88) Lagmannsretten konkluderte etter dette med «at det er klart sannsynliggjort at A ikke ville ha inngått ekteskapet med B dersom utsiktene til oppholdsrett ikke var til stede», og forkastet anken over tingrettens dom.
- (89) Ut fra mitt syn på rettsreglene og det faktum lagmannsretten har lagt til grunn, kan jeg ikke se at den påankede dommen bygger på uriktig rettsanvendelse.
- (90) Lagmannsretten har ved sin vurdering tatt utgangspunkt i at det er forholdene på vielsestidspunktet som er det avgjørende, men at det kan legges vekt på nye bevisfakta som utelukkende kaster lys over rettsfakta som forvaltningen har vurdert på vedtakstidspunktet. Dette er i samsvar med mitt syn på lovforståelsen.
- (91) Videre har lagmannsretten bygget på at det avgjørende spørsmålet man må stille ved vurderingen etter utlendingsloven, er om søkeren ville ha inngått ekteskapet dersom utsikten til å skaffe seg oppholds- og arbeidstillatelse ikke hadde vært til stede. Også dette er etter min mening en riktig rettsoppfatning med den presisering at uttrykksmåten ikke må

forstås slik at den rokker ved kravet til at oppnåelse av rett til opphold må ha vært det *hovedsakelige* formålet med ekteskapet.

- (92) Endelig har lagmannsretten lagt til grunn at det er *søkerens* hensikt med ekteskapsinngåelsen som er det sentrale ved vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap. Det er som nevnt riktig at det er tilstrekkelig at én av ektefellene har inngått ekteskapet hovedsakelig for at søkeren skulle få rett til opphold, og at søkerens hensikt rent faktisk vil stå sentralt.

Konklusjon og sakskostnader

- (93) Anken må etter dette forkastes.
- (94) Staten har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på å få sine sakskostnader erstattet. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre unntak.
- (95) Staten har krevet dekket 118 900 kroner. Kravet tas til følge.
- (96) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler A til staten ved Utlendingsnemnda 118 900 kroner – etthundreogattentusennihundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.

- (97) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (98) Dommer **Noer:** Likeså.
- (99) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (100) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (101) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler A til staten ved Utlendingsnemnda 118 900 kroner – etthundreogattentusennihundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.