



NORGES HØYESTERETT

EFTA Court
Rue du Fort Thungen
1499 Luxembourg
Luxembourg

Dok 34

Sak nr. 19-163380SIV-HRET, sivil sak, anke over dom: Anmodning om rådgivende tolkingsuttalelse

1 INNLEDNING

- (1) I medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51a, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i sak nr. 19-163380SIV-HRET. Ankende part i saken er Abdulkerim Kerim, mens staten ved Utlendingsnemnda (UNE) er ankemotpart.
- (2) Saken gjelder gyldigheten av UNEs beslutning 18. september 2018, hvor UNE opprettholdt avslag på Kerims søknad om oppholdskort til riket. Kerim er opprinnelig fra Afghanistan. Hans søknad om oppholdskort er fremsatt etter reglene i utlendingsloven kapittel 13 om oppholdsrett for utlendinger som ikke er EØS-borgere, men som er gift med en EØS-borger som har oppholdsrett i riket. Grunnlaget for avslaget var at Kerims ekteskap med en rumensk kvinne ble ansett for å være inngått med det hovedformål å skaffe ham oppholdsrett i Norge, og at det dermed var adgang til å nekte utstedelse av oppholdskort etter misbruksregelen i utlendingsloven § 120 sjettede ledd.
- (3) Saken reiser spørsmål om tolkningen av regler som gir adgang til å nekte opphold for ektefeller av EØS-borgere som følge av misbruk av rettigheter. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF inneholder en egen bestemmelse om misbruk av rettigheter i direktivets artikkel 35, som gir adgang til å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter etter direktivet ved «misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap». Reglene i utlendingsloven kapittel 13 er ment å gjennomføre reglene i direktiv 2004/38 i norsk rett.
- (4) I den norske versjonen av direktivet artikkel 13 benyttes begrepet «proformaekteskap». Dette begrepet benyttes derfor også i det følgende. Som det er fremhevet i Borgarting lagmannsretts dom 6. september 2019, er dette likevel ikke en helt treffende betegnelse. I norsk rett ellers benyttes begrepet «omgåelsesekteskap».
- (5) Høyesterett ber nå om at EFTA-domstolen uttaler seg om det nærmere innholdet i regelen i direktivets artikkel 35, herunder hvilke faktiske og rettslige kriterier som skal legges til grunn ved vurderingen om man står overfor et proformaekteskap som rammes av direktivets misbruksregel.

2 OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

- (6) De involverte partene i saken for Høyesterett er:
- (7) Ankende part: *Abdulkerim Kerim*
- Prosessfullmektig: Advokat Javeed Hussain Shah
Frydenlundsgata 2B
2010 Strømmen
- (8) Ankemotpart: *Staten ved Utlendingsnemnda*
- Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
ved v/advokat Marius Stub
Postboks 8012 Dep
0030 OSLO

3 SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (9) Abdulkerim Kerims anke til Høyesterett gjelder anke over Borgarting lagmannsretts dom 6. september 2019. Lagmannsretten avgjorde ved denne dommen Kerims anke over Oslo tingretts dom 21. desember 2018. Både tingretten og lagmannsretten har funnet at UNEs vedtak er gyldig og frifunnet staten. Saken ble anket inn for Høyesterett ved Kerims anke av 7. oktober 2019.
- (10) Partene er i det vesentlige enig i lagmannsrettens fremstilling av sakens historikk. Lagmannsretten har innledningsvis i dommen beskrevet saksforholdet og saksgangen i forvaltningen slik:

«Abdulkerim Kerim ble etter egen forklaring født 1. januar 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.

Den 18. desember 2012 inngikk Kerim religiøst ekteskap i Bucuresti med Alina Marilena Dumitrescu (heretter omtalt som Alina), født 25. februar 1976. Den 21. april 2015 inngikk de borgerlig ekteskap i Bucuresti. Alina tok etter dette etternavnet Kerim.

Ekteparet ankom Norge 16. desember 2015. De registrerte seg som bosatt på adressen Lindeberglia 19 i Oslo.

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

UDI fattet 22. januar 2018 vedtak om avslag på søknad om oppholdskort i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd. UDI 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. Vedtaket ble påklaget.

Ved Utlendingsnemndas (UNE) vedtak 1. august 2018 ble klagen ikke tatt til følge. UNE var enig med UDI i at Kerim inngikk ekteskapet med hovedformål om å skaffe oppholdsrett i Norge, og at adgangen til å bortvise ham fra Norge burde benyttes.

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

Ved UNEs beslutning 18. september 2018 ble omgjøringsbegjæringen ikke tatt til følge.

Den 7. november 2018 ble Kerim uttransportert til Romania.»

- (11) Saken ble brakt inn for domstolene av Kerim ved stevning 23. august 2018. Under tingrettens behandling av saken ble saken konsentrert om gyldigheten av UNEs 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 UNEs forståelse av unntaksregelen i utlendingsloven § 120 sjette ledd var i overensstemmelse med direktiv 2004/38 artikkel 35, jf. utlendingsloven § 3.
- (12) Under lagmannsrettens behandling av Kerims anke ble Kerim ansett å kun ha rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av UNEs 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. Lagmannsretten fant at det etter misbruksreglene ikke stilles krav om at ekteskapet alene er inngått for det formål om å oppnå opphold, men at begge bestemmelser er ment å ramme ekteskap hvor ønsket om rett til opphold er den nødvendige forutsetningen for ekteskapsinngåelsen fra søkerens side, slik at retten til opphold har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen. Det ble således lagt til grunn at det er søkerens hensikt med ekteskapsinngåelsen som er det sentrale i vurderingen om det foreligger et proforma/omgåelsesekteskap etter begge regelverk.
- (13) Ved sin konkrete vurdering av de faktiske forholdene 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.
- (14) Kerims anke til Høyesterett rettet seg mot lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 9. desember 2019 ble anken fremmet for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til utlendingsloven § 120 sjette ledd. Det øvrige av anken ble nektet fremmet i medhold av tvisteloven § 30-4.

4 SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

4.1 Relevant norsk lovgivning

- (15) Utlendingsloven kapittel 13 har særlige regler for utlendinger fra EØS-området og deres familiemedlemmer. Kapittelet gjennomfører direktiv 2004/38/EF i norsk rett, jf. Ot.prp. nr. 72 (2007–2008).
- (16) Utlendingsloven § 112 inneholder regler som på gitte vilkår gir EØS-borgere rett til opphold i mer enn tre måneder.

- (17) Det følger av utlendingsloven § 114 at en utlending som selv ikke er EØS-borger, men som er familiemedlem, herunder ektefelle, av EØS-borger som har rett til opphold i riket etter § 112, gis en avledet rett til opphold. En utlending som oppholder seg i Norge med grunnlag i § 114 i mer enn tre måneder, plikter å anskaffe seg oppholdskort, jf. utlendingsloven § 118.
- (18) Utlendingsloven § 120 inneholder regler om tilbakekall av oppholdsdokumenter mv. utstedt til utledninger etter reglene i kapittel 13. Vedtaket om å nekte Kerim oppholdskort i Norge er truffet i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd. Bestemmelsen gir blant annet adgang til å nekte oppholdskort utstedt dersom det er sannsynlig at ekteskapet er inngått «med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold i riket».

4.2 Misbruksregelen i direktiv 2004/38/EF

- (19) Direktiv 2004/38/EF gjelder rett for EØS-borgere og EØS-borgerens familiemedlemmer til å oppholde seg i en annen EØS-stat, jf. artikkel 3 nr. 1. Retten til opphold for EØS-borgerens familiemedlemmer er avledet av EØS-borgerens – referansepersonens – rett til opphold i vertsstaten, jf. artikkel 7 nr. 2.
- (20) Direktivets artikkel 35 inneholder en egen regel ved misbruk av rettigheter. I den engelske versjonen av direktivet lyder bestemmelsen som følger:

«Member States may adopt the necessary measures to refuse, terminate or withdraw any right conferred by this Directive in the case of abuse of rights or fraud, such as marriages of convenience. Any such measure shall be proportionate and subject to the procedural safeguards provided for in Articles 30 and 31.»

- (21) Punkt 28 i direktivets fortale lyder som følger:

«To guard against abuse of rights or fraud, notably marriages of convenience or any other form of relationships contracted for the sole purpose of enjoying the right of free movement and residence, Member States should have the possibility to adopt the necessary measures.»

- (22) Ifølge rettspraksis fra EU-domstolen innebærer etablering av misbruk en todelt test, jf. storkammeravgjørelse 18. desember 2014 C-202/13 McCarthy om direktivets artikkel 35 i avsnitt 54:

«In this connection, the Court has stated that proof of an abuse requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved, and, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it (judgments in Hungary v Slovakia, C-364/10, EU:C:2012:630, paragraph 58 and the case-law cited, and O. and B., EU:C:2014:135, paragraph 58).»

- (23) Det er likevel begrenset med praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen om anvendelsen av misbruksregelen i artikkel 35 og om innholdet i begrepet «marriage of convenience» i direktivets forstand.
- (24) I 2009 utga Europakommisjonen en guide 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). Definisjonen av omgåelsesekteskap som ble oppstilt der, er gjentatt og utdypet i Europakommisjonens håndbok 26. september 2014 «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/2014/0284 final). Håndboken er ment å hjelpe nasjonale myndigheter til effektivt å bekjempe misbruk i form av omgåelsesekteskap, men utgjør ikke noe juridisk bindende dokument. Borgarting lagmannsrett har i sin dom gjengitt og sluttet seg til den tolkningen av direktivet som er gitt i håndboken. Lagmannsretten her videre vist til dommen fra Storbritannias høyesterett 26. juli 2017 i saken *Sadovska and another v Secretary of State for the Home Department (Scotland) [2017] UKSC 54*, avsnitt 28.

5 KORT OM BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN

- (25) Reglene i utlendingsloven kapittel 13 ment å gjennomføre reglene i direktiv 2004/38. Vurderingstemaet i utlendingsloven § 120 sjette ledd og direktivets artikkel 35 er etter sin ordlyd utformet noe forskjellig. Tolkningsspørsmålet som særskilt gjør seg gjeldende i vår sak, er om det skal mer til før et ekteskap er et «proformaekteskap» i direktivets forstand enn at ekteskapet er inngått «med et hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold i riket». Det anses derfor hensiktsmessig å få EFTA-domstolens syn på vurderingstemaet under misbruksregelen i direktivets artikkel 35, herunder innholdet i proformabegrepet, ettersom dette vil kunne få betydning for saken og tolkningen av den norske lovbestemmelsen.

6 PARTENES ANFØRSLER

6.1 Albulkerim Kerim

- (26) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Kerim har inngitt:
- (27) «Det anføres at «sole purpose» er en annen definisjon enn det norske «hovedformål». «Sole purpose» tolkes utvidende, og det er i håndboken «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» på side 10 presisert at det også kan være tale om flere misbrukshandlinger som misbruk av retten til bolig eller fradrag på skatt. Slik at det ikke er avgrenset til et eksklusivt formål. I motsetning til den norske definisjonen som innebærer at ekteskap som også er ment å ha en realitet, er omfattet.
- (28) Videre er det en problemstilling hvor mye etterfølgende omstendigheter har å si for spørsmålet om ekteskapet er proforma. Hittil i norsk rett har kun faktum på vigselstidspunktet og søkers intensjon på dette tidspunktet vært ansett relevant, uavhengig av om ekteparet har levd sammen i mange år og stiftet familie mv.
- (29) Det er ankeparts syn at staten har bevisbyrden for å påvise «fraud» eller «abuse» etter direktivet 2004/38/EF artikkel 35, jf. COM (2009) 313 side 17.
- (30) Det følger videre av håndboken s. 16-17 at det i utgangspunktet ikke er tillatt å starte etterforskning dersom ikke følgende kriterier er oppfylt:
- Ekteparet har aldri truffet hverandre før de giftet seg
 - De har gitt ulike forklaringer om viktige personlige detaljer og hendelser
 - De snakker ikke felles språk
 - Bevis på at det ble gitt penger eller gaver, som ikke er medgift i kulturer hvor dette er vanlig
 - Historikk som viser at en eller begge av ektefellene tidligere har begått bedrageri/misbruk
 - Utviklet et familieliv først etter at utvisningsvedtaket ble vedtatt

- Skilsmisse like etter at tredjelandsborgeren fikk oppholdstillatelse.

- (31) Momentene ovenfor er ikke alene nok til å nekte oppholdskort/tillatelse. De er indikatorer og triggerer til å foreta nærmere undersøkelser/etterforskning. Det gjøres gjeldende at det ikke er ekteparets ansvar å bevise sin uskyld, ved at det legges frem nok bilder og dokumentasjon slik at myndighetene blir overbevist om at ekteskapet er reelt.
- (32) I en Høyesterettsavgjørelse fra England, *Sadovska & Another mot Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 54, kom domstolen til at bevisbyrden for å fastslå at ekteskapet er pro-forma ligger hos myndighetene. Videre var det et vilkår at begge ektefellene måtte ha som mål med ekteskapet å misbruke EU-rettigheter. Dersom den ene av ektefellene ønsket et genuint ekteskap ville det ikke være å anse som et tilfelle av misbruk ved proformaekteskap for den av ektefellene det gjelder. Det bemerkes at i norsk rett er det siste helt utelukket, det har hittil kun vært tredjelandsborgerens hensikt som har blitt vurdert og funnet relevant.
- (33) Ytterligere en relevant problemstilling er om det er noen markante forskjeller mellom vurderingene som gjøres etter misbruksbestemmelsen og den som gjøres ved vurderingen av proformaekteskapene, herunder om retten til familieliv setter skranker for vurderingen ved sistnevnte.
- (34) For å ytterligere komplisere problemstillingen om hva et proformaekteskap er, må man først ha en oppfatning av hva et reelt ekteskap er. Hvem er nærmest til å definere dette. Det anføres at innholdet i ekteskap varierer, ekteskapene er individuelt og kulturelt betinget. Videre vil det i et rikt europeisk land kunne være andre årsaker til å inngå ekteskap enn i et fattig land. Noen ekteskap inngås som følge av kjærlighet, mens andre inngår ekteskap fordi det gir trygghet og et stabilt liv med en forutsigbar fremtid. En kan spørre seg om det er krav om at motivet for å inngå ekteskap kun kan være følelsesmessig tilfredsstillelse for at det ikke skal bli ansett for å være proforma, eller om det også er legitimt at man ønsker å oppnå fordeler med ekteskapet som bedre økonomi, bedre fremtid og mulighet til å flytte ut av et fattig land og ta seg arbeid sammen i et annet land i Europa.»

6.2 Staten ved Utlendingsnemnda

- (35) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Staten ved Utlendingsnemnda har inngitt:
- (36) «Statens hovedsyn er at det foreligger et «proformaekteskap» i direktivets forstand dersom tredjelandsborgerens hovedsakelige formål med ekteskapsinngåelsen var å oppnå rett til fri bevegelighet og opphold i EØS-området. I slike tilfeller foreligger det et «misbruk» som gir grunnlag for å tilbakekalle rettigheter etter direktivet artikkel 35. Et sentralt spørsmål vil derfor være om ekteskapet ville ha blitt inngått om utsikten til opphold tenkes borte.
- (37) Det er ikke et krav at ønsket om opphold var det eneste formålet med ekteskapsinngåelsen. Et ekteskap vil være et «proformaekteskap» i direktivets forstand selv om det skulle gjøre seg gjeldende økonomiske eller andre motiver ved siden av hovedformålet. Dette er også lagt til grunn i Europakommisjonens håndbok av 26. september 2014 og i rettspraksis fra enkelte av medlemsstatene, og er dessuten best i samsvar med EU-domstolens praksis på andre rettsområder. Også formålet med bestemmelsen taler for en slik tolkning.

- (38) EØS-borgenes motivasjon for å inngå ekteskap er uten betydning. Det kan dermed foreligge et «proformaekteskap» også der EØS-borgeren oppfattet ekteskapet som reelt.
- (39) Det er situasjonen ved ekteskapsinngåelsen som er avgjørende for vurderingen. Dersom tredjelandetsborgerens hovedformål senere endrer seg, f.eks. slik at ekteskapet underveis får større realitet enn det hadde ved ekteskapsinngåelsen, må opphold i tilfelle søkes på annet grunnlag.»

7 SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

- (40) På bakgrunn av de ovennevnte forutsetningene i saken, og ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler, ber 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 tredjelandetsborgerens hensikt er det sentrale for vurderingen av om man står overfor et proformaekteskap i direktivets forstand, kreves det at tredjelandetsborgerens 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?

Oslo, 3. mars 2020

Espen Bergh
dommer