

Retten opphører når misbruket begynner

En analyse av misbruksregelen i unionsborgerdirektivet artikkel 35

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 36 920



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

21. juni 2024

Innholdsfortegnelse

1. Oppgavens tema, problemstillinger og avgrensninger	5
2. Metodiske betraktninger	8
2.1 Artikkel 35 i EU-rett, EØS-rett og norsk rett	8
2.2 Fastleggelsen av gjeldende rett i EØS	9
2.2.1 Homogenitetsprinsippet som bindeledd mellom EU- og EØS-retten	9
2.2.1 Det første trinnet: Fortolkningen av artikkel 35 i EU	9
2.2.1.1 EU-domstolens avgjørelser, Generaladvokatens uttalelser og språkvalg	10
2.2.1.2 Den traktatfestede retten til fri bevegelighet for personer og Pakten	11
2.2.1.3 Forarbeider og etterarbeider	11
2.2.2 Det andre trinnet: Kan løsningen i EU overføres til EØS?	13
2.3 Gjennomføringen av EØS-retten i nasjonal rett	14
3. Oversikt over unionsborgerdirektivets personelle og materielle rettigheter	16
3.1 Utgangspunktet for oversikten	16
3.2 Grenseoverskridende element	17
3.3 Direktivets personelle rekkevidde	18
3.3.1 Introduksjon	18
3.3.2 Familiemedlemmer	19
3.3.2.1 Avledede rettigheter	19
3.3.2.2 Kjernefamiliemedlemmer	20
3.3.2.3 Andre familiemedlemmer	22
3.3 Direktivets materielle rekkevidde	22
3.3.1 Introduksjon	22
3.3.2 Retten til utreise og innreise	22
3.3.3 Retten til opphold	23
3.3.4 Retten til likebehandling	24
3.3.5 Legitime begrensninger	24
4. Fortolkningen av artikkel 35 i EU	26
4.1 «Misbruk av rettigheter...»	26
4.1.1 Den alminnelige forståelsen av ordlyden	26
4.1.2 Bestemmelsens umiddelbare kontekst	28
4.1.3 Utvikling av prinsippet om misbruk av rettigheter	30
4.1.3.1 EU-domstolen anerkjenner misbruk som et legitimt unntak fra fri bevegelighet	30
4.1.3.2 Grensen mellom bruk og misbruk blir nærmere klarlagt	32
4.1.3.3 Veien mot et generelt prinsipp om misbruk av rettigheter	34
4.1.3.4 Prinsippet om misbruks utvikling med henblikk på fri bevegelighet for personer	38
4.1.3.5 EU-domstolens praksis etter kodifiseringen i artikkel 35	42
4.1.4 Forholdet til andre unntak av direktivets rettigheter	44
4.1.4.1 Utgangspunktet for vurderingen	45
4.1.4.2 Begrensninger av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse	45
4.1.4.3 Betydningen forståelsen av de andre unntakene har for artikkel 35	47
4.1.5 Oppsummering	48
4.2 «... proformaekteskap»	49
4.2.1 Innledende betraktninger	49
4.2.2 Når foreligger det et proformaekteskap etter artikkel 35?	49
4.2.3 Skillet mellom ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel og proformaekteskap	52
4.3 Andre former for misbruk	54
4.3.1 Utgangspunktet for vurderingen	57
4.3.2 Misbruk uavhengig av økonomisk status	57

4.3.2.1 Unngåelse av straffeforfølgelse, skatteunndragelse og andre proformaforhold	57
4.3.2.2 En nærmere vurdering av menneskehandel som eksempel på misbruk.....	61
4.3.3 Ikke-økonomisk aktives misbruk: Velferdsturisme.....	62
4.3.3.1 Skillet mellom økonomisk aktive og ikke-økonomisk aktive unionsborgere.....	62
4.3.3.2 Dan og Brey – åpnes døren for et nytt eksempel på misbruk etter artikkel 35?	65
4.3.3.3 GV – Generaladvokaten lar døren stå åpen.....	68
4.4 Løsningen av fortolkningen av artikkel 35 i EU	71
5. Fortolkningen av artikkel 35 i EØS	73
5.1 Utgangspunktet for tolkningen	73
5.2 Betydningen av felleserklæringen	74
5.3 EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35	74
5.3.1 Sak E-4/19 <i>Campbell v Norge</i>	74
5.3.2 Sak E-1/20 <i>Kerim v Norge</i>	75
5.3.3 Sak E-16/20 <i>Q m.fl. v Norge</i>	79
5.3.4 Oppsummering av EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35.....	81
5.4 Betydningen av at Pakten ikke er en del av EØS	81
5.5 Fraværet av EU-rettsaker i EØS	82
6. Norges gjennomføring av artikkel 35	83
6.1 Innledning	83
6.1.1 Innledende betraktninger	83
6.1.2 Gjennomføringen av unionsborgerdirektivet i utlendingsloven	83
6.2 Utlendingsloven § 120.....	84
6.2.1 Innledende betraktninger	84
6.2.2 Utlendingsloven § 120 første jf. annet ledd.....	85
6.2.3 Utlendingsloven § 120 tredje til femte ledd.....	87
6.2.4 Utlendingsloven § 120 sjette ledd.....	88
6.2.4.1 Tvangsekteskap.....	89
6.2.4.2 Proformaekteskap.....	89
6.2.5 Oppsummering.....	90
6.3 Er norsk rett og praksis i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser etter artikkel 35?.....	91
6.3.1 Norske domstolers fortolkning og anvendelse av § 120 sjette ledd.....	91
6.3.1.1 Avgjørelser fra tingretten.....	91
6.3.1.2 Høyesterettsavgjørelse	94
6.3.2 Forvaltningens praktisering av artikkel 35	97
6.3.2.1 Departementet sikrer riktig fortolkning av utlendl. § 120.....	98
6.3.2.2 Forvaltningen er ikke helt i mål	100
6.4 Oppsummering	101
7. Oppsummering og avsluttende betraktninger	103
Kilderegister.....	106

1. Oppgavens tema, problemstillinger og avgrensninger

Twister om urettmessig utnyttelse (eller misbruk) av en rettslig posisjon kan oppstå i ethvert rettssystem, der enkeltindivider forsøker urettmessig å oppnå visse fordeler ved å utnytte sin rettsstilling til sin egen eller andres fordel, på en måte som regelverket i utgangspunktet ikke intenderte. Det samme gjelder naturligvis også i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), der individer eller selskap kan se sitt snitt til å utnytte EØS-reglene om fri bevegelighet, konkurranse- og/eller andre regler urettmessig til sin egen eller andres fordel, på en måte som heller ikke EU- og EØS-regelverket intenderte. Temaet for denne oppgaven er misbruk av EU- og EØS-retten til fri bevegelighet for personer. Misbruk av rettigheter anses som et generelt EU og EØS-rettslig prinsipp, som innebærer at EU/EØS-rettslige regler ikke kan påberopes ved misbruk.¹ Bestemmelsen som operasjonaliserer prinsippet konkret innenfor retten til fri bevegelighet for personer, er direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet) artikkel 35.² Bestemmelsen angir at:

Medlemsstaterne kan træffe de nødvendige foranstaltninger til at nægte, ophæve eller tilbagekalde rettigheder i henhold til dette direktiv, når der er tale om *misbrug af rettigheder* eller om svig, som f.eks. *proformaægteskab*. Sådanne foranstaltninger skal stå i rimeligt forhold til misbruget og være omfattet af de proceduremæssige garantier i artikel 30 og 31[uthevet her].

Et første blikk på bestemmelsen gjør det klart at medlemsstatene kan foreta nødvendige tiltak for å begrense rettigheter i direktivet, i de tilfeller hvor det er tale om misbruk av rettigheter eller «svig» (bedrageri på norsk). Men bestemmelsen, og begrepet misbruk, har vist seg relativt krevende å praktisere og forstå. Som vi skal se er det nemlig visse ulikheter mellom EU-domstolens, EFTA-domstolens og norske rettsanvenderes fortolkning og anvendelse av misbruksregelen i artikkel 35.³ Hva er det som egentlig menes med misbruk – og hvordan skal misbruksbegrepet tolkes og forstås?

¹ Se f.eks. *Halifax*, C-255/02 avsn. 70 og E-16/20 *Q m.fl.* avsn. 57-58.

² Unionsborgerdirektivet ble inntatt i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

³ Se mer om dette i henholdsvis kapittel 4, 5 og 6.

Videre er proformaekteskap («proformaægteskab») det eneste konkrete eksempelet på misbruk som uttrykkelig er opplistet i artikkel 35. Og de aller fleste i den juridiske teorien synes stort sett å være enige om at artikkel 35 *bare* omfatter proformaekteskap.⁴ Men gjør den egentlig det? Hvorfor er teoretikerne skeptisk til at andre former for misbruk kan omfattes av artikkel 35, når proformaekteskap bare er nevnt i bestemmelsen som et eksempel?

Forskjeller i domstolenes forståelse av misbruk, og uklarhet om hvilke former for misbruk som omfattes av artikkel 35, går på bekostning av alle EØS-rettsaktørenes forutberegnelighet – både borgerne i EØS-statene, samt EØS-statene og de forskjellige organene i EU- og EFTA-pilarene som er satt til å kontrollere dem. Oppgaven vil derfor søke etter å konkretisere rettsregelens innhold, hvor siktemålet er å kartlegge, analysere og vurdere hva som er rekkevidden og innholdet i artikkel 35. Hovedproblemstillingene blir derfor: *Hvor går grensen mellom legitim bruk og misbruk av retten til fri bevegelighet i EØS? Og omfatter artikkel 35 andre former for misbruk enn proformaekteskap, og i så fall hvilke?*

Temaet for oppgaven er aktuelt i både norsk og EØS-sammenheng, som illustreres av at norske domstoler og EFTA-domstolen har vurdert misbruksregelen i flere saker de siste årene. Sakene som er fra de siste 4 årene, har imidlertid ikke vært gjenstand for særlig omfattende analyse i juridisk teori.⁵ Sakene reiser spørsmål både om EFTA-domstolens praksis er i samsvar med EU-retten, og om norske domstolers praksis er i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser. Videre har de aller fleste teoretikere som har analysert artikkel 35 tidligere, basert sine synspunkter på hvor langt retten til fri bevegelighet og opphold for personer går.⁶ Denne oppgaven vil derimot forsøke å gi et bidrag til eksisterende forskning på feltet, ved å ta utgangspunktet i et noe annet perspektiv, nemlig når det er misbruket begynner fremfor når grensene for legitim bruk er nådd.

Hovedproblemstillingene reiser flere delproblemstillinger. Først reises det spørsmål om hvilke av unionsborgerdirektivets rettigheter som kan misbrukes, og hvilke personer som kan misbruke dem. I kapittel 3 vil jeg derfor gi en kort oversikt over direktivets personelle og materielle rettigheter, hvor jeg vil fokusere på elementene som er sentrale ved fortolkningen av misbruksregelen i artikkel 35. For det andre reises det spørsmål om hva som menes med

⁴ Andre teoretikers fremstillinger behandles særskilt i kapittel 4.3.1.

⁵ Dette gjelder særlig E-1/20 *Kerim v Norge*, E-16/20 *Q m.fl. v Norge* og HR-2021-1435-A.

⁶ Se mer om andre teoretikers fremstillinger i kapittel 4.3.1.

«misbruk» i artikkel 35 i EU-rettslig kontekst, og hvorvidt det er en forskjell mellom det generelle prinsippet om misbruk og hvordan det operasjonaliseres konkret innenfor unionsborgerdirektivet. Dette vil i all hovedsak behandles i kapittel 4, som utgjør hovedtyngden i oppgaven. I kapittel 5 analyserer jeg om den samme løsningen kan legges til grunn i EØS.⁷ Det sentrale spørsmålet i kapittel 5 er om det foreligger et EØS-rettslig hinder mot at artikkel 35 skal tolkes på samme måte i EØS som i EU. Deretter rettes blikket i kapittel 6 mot Norge, hvor spørsmålet er om norsk lov og praksis er i samsvar med EØS-rettens forståelse av hvordan artikkel 35 skal tolkes og anvendes. Avslutningsvis i kapittel 7 vil jeg gi en oppsummering av de sentrale funnene i oppgaven, og vurdere om det er behov for endringer i norsk lov og praksis.

Av rene plasshensyn avgrenser oppgaven mot en analyse av bedrageri («svig») som sådan, som også kan brukes som hjemmel for å begrense rettigheter etter direktivets artikkel 35. Bedrageribegrepet vil likevel trekkes inn i analysen av misbruksbegrepet i bestemmelsen, idet selve skillet mellom misbruk og bedrageri kan bidra til å belyse hva misbruk i hvert fall ikke er.⁸ Oppgaven avgrenser også mot en empirisk analyse av norske utlendingsmyndigheters praksis, herunder hvordan den norske lovbestemmelsen som gjennomfører artikkel 35 konkret har kommet til anvendelse i saker som gjelder misbruk. Dette ganske enkelt fordi samfunnsvitenskapelig metode faller utenfor mitt kompetanseområde som blivende jurist, samtidig som en slik undersøkelse ikke hadde vært mulig både med tanke på oppgavens tidsramme og ordgrense. Utlendingsmyndighetenes praksis vil derfor bare vurderes med utgangspunkt i rundskriv og instruksjer, men her kan det naturligvis også være et godt grunnlag for videre forskning av andre som behersker metoden.⁹

⁷ Se nærmere om metodiske valg i kapittel 2.

⁸ Se kapittel 4.1.1.

⁹ Se kapittel 6.3.

2. Metodiske betraktninger

2.1 Artikkel 35 i EU-rett, EØS-rett og norsk rett

For å kartlegge, analysere og vurdere hva som er rekkevidden og innholdet i unionsborgerdirektivet artikkel 35, vil jeg bruke rettsdogmatisk metode, som kort forklart innebærer systematisk fremstilling av gjeldende rett (*de lege lata*).¹⁰ Oppgaven innebærer analyse av en EU-rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. For å finne frem til gjeldende rett i oppgaven, vil jeg derfor bruke tolkningsprosessen som gjelder for EØS-regelverk som er tatt over fra EU-retten.¹¹ Den går ut på at jeg først må fastlegge riktig fortolkning av rettsakten som EU-rett, for deretter å vurdere om den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten.¹²

Når den EØS-rettslige løsningen er fastlagt flyttes blikket til den norske gjennomføringen av artikkel 35 i utlendingsloven § 120, hvor jeg vil vurdere om norsk lov og praksis er i samsvar med EØS-retten. Endelig vil jeg foreta en vurdering av hvordan norsk rett og praksis bør være med utgangspunkt i den EØS-rettslige løsningen, som innebærer at oppgaven også vil ha et rettspolitisk perspektiv.¹³ *De lege ferenda* vurderingene fremstilles i kapittel 7.

Fremstillingen vil derfor bestå av en sammenlignende analyse mellom de tre rettssystemene; EU-rett, EØS-rett og norsk rett. Den sammenlignende analysen danner grunnlaget for å etablere om gjeldende rett i EØS er den samme som i EU, samt om den norske gjennomføringen og anvendelsen av artikkel 35 er tilfredsstillende sammenlignet med den EØS-rettslige løsningen.¹⁴ I dette kapitlet (kapittel 2) skal jeg redegjøre for enkelte særtrekk ved metodene jeg bruker i oppgaven, som leseren bør være særlig oppmerksom på.

¹⁰ Mæhle (2004) s. 329.

¹¹ Se mer om denne tolkningsprosessen i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 328 flg.

¹² Fredriksen og Mathisen (2022) s. 328.

¹³ For mer om rettspolitikk, se f.eks. Horn (2017) s. 73 flg. og Holtermann og Rytter (2021) s. 237 flg.

¹⁴ Graver (2008) s. 173-174.

2.2 Fastleggelsen av gjeldende rett i EØS

2.2.1 Homogenitetsprinsippet som bindeledd mellom EU- og EØS-retten

Fastleggelsen av hva som er rekkevidden og innholdet i artikkel 35 i EØS, avhenger som anvist av en tolkningsprosess i to trinn. Tolkningsprosessen springer ut av det EØS-rettslige *homogenitetsprinsippet*, som forutsettes flere steder i EØS-avtalen og innebærer at bestemmelser som hentes fra EØS-avtalen som utgangspunkt og hovedregel fortolkes på samme måte som gjenspeilende regler i EU-retten.¹⁵ Prinsippet kommer til uttrykk blant annet i EØS-avtalen artikkel 6, som angir at bestemmelsene skal fortolkes i samsvar med relevante avgjørelser fra EU-domstolen «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler» i EU-rettsakter som er truffet «før» undertegningen av avtalen. Ordlyden i EØS-avtalen artikkel 6 avgrenser altså til EU-domstolens rettspraksis før undertegningen av avtalen i 1992. Likevel har EFTA-domstolen for å opprettholde et homogent EØS, brukt EU-domstolens avgjørelser uavhengig av om de ble avsagt før eller etter EØS-avtalen ble undertegnet.¹⁶ Også EU-domstolen har vist til homogenitetsprinsippet som et sentralt formål bak EØS-avtalen. I *I.N.* uttalte EU-domstolen eksempelvis at flere av bestemmelsene i EØS-avtalen har «til formål at sikre en så ensartet fortolkning som mulig af denne inden for hele EØS».¹⁷ Mot denne bakgrunn er det hensiktsmessig å gå nærmere inn på de to tolkningsprosessene jeg vil følge i oppgaven, for å komme frem til gjeldende rett for unionsborgerdirektivet artikkel 35 i EØS.

2.2.1 Det første trinnet: Fortolkningen av artikkel 35 i EU

Den EU-rettslige fortolkningen av artikkel 35, må gjøres ved bruk av EU-rettslig metode i EU-rettslig kontekst. EU-domstolen har utviklet en metodelære som innebærer at en rettsakt skal vurderes ut fra sin ordlyd, formål og kontekst.¹⁸ Selv om EU-domstolen skiller mellom de tre tolkningsmetodene, kan de av og til være overlappende og må uansett forstås i sammenheng. For eksempel kan fortalen til artikkel 35 både brukes for å finne bestemmelsens formål, samt hvordan bestemmelsen skal fortolkes som en del av dens kontekst.

¹⁵ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 70. Se blant annet EØS-avtalen artikkel 105 og fortalen punkt nr. 4 som angir at avtalens formål er å opprette et «ensartet» EØS «som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår».

¹⁶ Se f.eks. sak E-9/07, *L'Oréal Norge AS v Per Aarskog AS m.fl.* avsn. 28 som henvist til i Franklin og Fredriksen (2015) s. 632.

¹⁷ *I.N.*, C-897/19 PPU, avsn. 50.

¹⁸ Se f.eks. *Azevedo m.fl.* C-558/15, avsn. 19, *Spedition Welter*, C-306/12, avsn. 17, og *Europa-Kommissionen mod Irland*, C-85/11 avsn. 35.

2.2.1.1 EU-domstolens avgjørelser, Generaladvokatenes uttalelser og språkvalg

Det er flere rettskilder som kan trekkes inn i fortolkningen. En sentral rettskilde er avgjørelsene til EU-domstolen, som særlig gjør seg gjeldende for artikkel 35 ettersom den synes å kodifisere det domstolsskapte prinsippet om misbruk av rettigheter.¹⁹ EU-domstolen bistås videre av generaladvokater, som har som oppgave å gi rådgivende uttalelser om hvordan en sak bør løses.²⁰ EU-domstolen har uttalt at «[d]omstolen er hverken bundet af dette forslag til afgørelse eller af den begrundelse, som generaladvokaten er fremkommet med».²¹ Selv om uttalelsene er uforpliktende for EU-domstolen, kan de brukes som «en kilde til forståelse av domstolens praksis».²² Uttalelsenes rettskildemessige betydning må derfor vurderes konkret sammenholdt med EU-domstolens etterfølgende dom i saken.²³ I oppgaven brukes uttalelsene først og fremst for å klargjøre hva som ligger i prinsippet om misbruk, ut fra generaladvokatenes gjengivelser av EU-domstolens rettspraksis. De er også av interesse i saker hvor generaladvokaten har behandlet artikkel 35 i sin rådgivende uttalelse, men EU-domstolen ikke har funnet det nødvendig å behandle spørsmålet om misbruk i saken.²⁴

I forbindelse med presentasjonen av EU-domstolens rettspraksis og generaladvokatenes uttalelser, er det hensiktsmessige å knytte noen bemerkninger til språkvalgene i oppgaven. EU har 24 offisielle språk.²⁵ Den Europeiske Unions Pakt om grunnleggende rettigheter (heretter Pakten) fastslår videre at EU skal respektere språklig mangfold og forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av språk.²⁶ Alle EU-rettsakter (forordninger, direktiv m.m) og EU-domstolens avgjørelser oversettes derfor på EUs 24 språk, og alle tekstversjonene anses autentiske og likestilte.²⁷ Når rettsaktene oversettes kan det imidlertid oppstå forskjeller mellom de ulike tekstversjonene, som har reist spørsmål om hvilken språkversjon en bør forholde seg til.²⁸ I juridisk teori er det tatt til orde for at EU-domstolens avgjørelser bør leses og fortolkes på sitt

¹⁹ Se nærmere om dette i særlig kapittel 4.1.3.

²⁰ TEU artikkel 19 nr. 2. Det følger av TEUV artikkel 252 at EU-domstolen skal bistås av åtte generaladvokater, men bestemmelsen tillegger at Rådet på EU-domstolens begjæring kan «vedtage at forøge antallet» generaladvokater. For øyeblikket (20.06.2024) bistås EU-domstolen av 10 generaladvokater.

²¹ *GV*, C-488/21, avsn. 34.

²² Fredriksen og Mathisen (2022) s. 355.

²³ *Ibid.* s. 188.

²⁴ At EU-domstolen ikke følger generaladvokatens argumentasjon innebærer ikke nødvendigvis at den er uenig i generaladvokatens rådgivende uttalelse, men idet uttalelsene er omfattende kan den inneholde mer enn hva som er nødvendig for resultatet i saken, se f.eks. Sunde, Lunde og Sørebo (2024) s. 190. Dette er tilfellet i både *SM*, C-129/18 og *GV*, C-488/21 som behandles i kapittel 4.

²⁵ Se TEU artikkel 55.

²⁶ Pakten artikkel 21 og 22.

²⁷ Se Schilling (2010) s. 47 flg. for en fremstilling av hvordan ulike språkversjoner av EU-retten kan håndteres.

²⁸ Se f.eks. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 85 og Schilling (2010) s. 47 flg.

arbeidsspråk, som i utgangspunktet innebærer at de må leses på fransk.²⁹ Ettersom jeg ikke kan fransk har jeg imidlertid valgt å ta utgangspunkt i den danske oversettelsen i stedet. Fordi alle de 24 språkversjonene er likestilt, vil jeg konsekvent forholde meg til dansk ved all EU-rettslig kildebruk i denne oppgaven.³⁰

2.2.1.2 Den traktatfestede retten til fri bevegelighet for personer og Pakten

Traktatene utgjør grunnlaget for EUs rettslige regulering, hvor de viktigste er Traktaten om Den europeiske union (TEU) og Traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV).³¹ EU-rettsakter som er gitt med hjemmel i traktatene, kan ikke danne grunnlag for regler som er i strid med disse.³² Unionsborgerdirektivet må derfor fortolkes i overensstemmelse med sitt hjemmelsgrunnlag i traktatene. Dette gjelder blant annet retten til fri bevegelighet og opphold som er sikret i TEUV artikkel 20 (2), artikkel 21, samt retten til fri bevegelighet spesifikt for arbeidstakere (artikkel 45), selvstendig næringsdrivende (artikkel 49) og tjenester (artikkel 56).³³

Traktatene blir videre supplert av Pakten, som også må hensyntas i fortolkningen av EUs rettsakter.³⁴ De viktigste av de relevante rettighetene i Pakten ved fortolkningen av unionsborgerdirektivet artikkel 35, er Paktens artikkel 45 om retten til fri bevegelighet og opphold, og artikkel 7 om retten til privatliv og familieliv som er sentral ved skillet mellom reelle ekteskap og proformaekteskap.³⁵

2.2.1.3 Forarbeider og etterarbeider³⁶

Forarbeider har hatt en mindre plass i EU-retten enn i den norske rettskildelæren, som har en naturlig sammenheng med at lovforarbeider har spilt en beskjeden rolle i kontinentaleuropeisk rettstradisjon.³⁷ I den juridiske teorien er det imidlertid tatt til orde for at dette har endret seg,

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 85. *Arbeidsspråk* er EU-domstolens interne språk som dommerne drøfter seg frem til og blir enige om, mens *prosessspråk* er EU-domstolens eksterne språk som fastsettes i den enkelte sak, jf. EU-domstolens prosessreglement art. 36 og 37.

³⁰ Det foreligger en norsk oversettelse av unionsborgerdirektivet som er kunngjort i EØS-tillegget til den europeiske unions tidende, tilgjengelig her: <https://www.efta.int/sites/default/files/media/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/translated-acts/norwegian/n32004L0038.pdf>. Denne kan imidlertid ikke tillegges nevneverdig vekt, se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 359-360.

³¹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 35.

³² *Ibid.* s. 334-335.

³³ Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 1.

³⁴ Pakten har samme status som traktatene jf. TEU artikkel 6.

³⁵ Se kapittel 4.2.

³⁶ For en utførlig fremstilling av betydningen av etterarbeider (og «soft-law»), se f.eks. Korkea-aho s. 155 flg.

³⁷ Se f.eks. Sunde, Lunde og Sørebo (2024) s. 187 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 340.

siden EU-domstolen nå direkte viser til forarbeidene eller rettsaktens tilblivelsesprosess som en selvstendig rettskilde.³⁸ Det pekes på at utviklingen må ses i sammenheng med at forarbeidene er blitt mer tilgjengelig enn før,³⁹ og at kvaliteten på forarbeidene trolig har bedret seg som en følge av Europaparlamentets økte innflytelse.⁴⁰

Etter min mening er det imidlertid grenser for hvor stor betydning forarbeidene kan tillegges. Fredriksen og Mathisen viser til særegenhetene i EUs lovgivningsprosess, og framhever at det ofte er uklart om Rådet eller Europaparlamentet er enig i en fortolkning som er uttrykt i et forarbeid som stammer fra den andre institusjonen eller Kommisjonen.⁴¹ Når EU-domstolen viser til forarbeidene som rettskilde, er det ofte som et støtteargument for tolkningen domstolen allerede hadde kommet frem til på bakgrunn av andre mer tungtveiende rettskilder.⁴² Forarbeidene må likevel anses å ha en naturlig plass når det gjelder kontekstualisering av artikkel 35 i vid forstand.⁴³

Etter at en rettsakt er vedtatt i EU utarbeides det fra tid til annen veiledninger o.l. om hvordan rettsakten skal gjennomføres eller praktiseres, som også kan trekkes inn i tolkningen.⁴⁴ På norsk omtales dette som etterarbeider (på engelsk «post law»). Dette kan defineres som et ikke-rettslig bindende instrument utgitt av en av EU-organene, som gir uttrykk for hvordan de mener at en rettsakt skal tolkes og anvendes.⁴⁵ Den 10. desember 2008 vedtok Kommisjonen en rapport om anvendelsen av unionsborgerdirektivet, som ga et overblikk over hvordan direktivet var gjennomført og anvendt i medlemsstatene.⁴⁶ I rapporten ble det konkludert med at gjennomføringen samlet sett var skuffende, og det ble særlig pekt på direktivets unntaksbestemmelser som artikkel 35.⁴⁷ Siden den gang har Kommisjonen utstedt flere meddelelser til Rådet og parlamentet, som har hatt som formål å veilede medlemsstatene om hvordan de skal anvende direktivet.⁴⁸ I juridisk teori er det tatt til orde for at det er «knyttet store betenkeligheter til å tillegge etterarbeider selvstendig rettskildevekt» og at EU-domstolen

³⁸ Sunde, Lunde og Sørebo (2024) s. 187 med videre henvisninger.

³⁹ *Ibid.* s. 188.

⁴⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 340.

⁴¹ *Ibid.* med videre henvisninger.

⁴² Se eksempel på dette i Sunde, Lunde og Sørebo (2024) s. 187-189.

⁴³ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 339.

⁴⁴ *Ibid.* s. 341

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ KOM (2008) 840 endelig udg. som henvist til i KOM (2009) 313 endelig s. 2.

⁴⁷ KOM (2009) 313 endelig s. 2.

⁴⁸ Se f.eks. KOM (2009) 313 endelig, SWD/2014/0284 final og C/2023/1392.

henviser til etterfølgende retningslinjer utelukkende for å bekrefte en gitt tolkning.⁴⁹ Etterarbeid kan derfor gi et viss bidrag til tolkningen, og jeg vil derfor av og til vise til Kommisjonens retningslinjer i oppgaven.

2.2.2 Det andre trinnet: Kan løsningen i EU overføres til EØS?

Homogenitetsprinsippet innebærer at artikkel 35 som utgangspunkt skal fortolkes på samme måte i EØS, som i EU. Etter at jeg har fastlagt hvordan artikkel 35 skal tolkes i EU-rettslig kontekst i kapittel 4, blir derfor spørsmålet i kapittel 5 om det foreligger et EØS-rettslig hinder for at samme fortolkning ikke kan legges til grunn i EØS.⁵⁰ Hvilke grunner dette kan være, vil jeg gjennomgå særskilt i kapittel 5. Allerede her vil jeg imidlertid foreta noen bemerkninger tilknyttet EØS-rettslig metode og det andre trinnet i tolkningsprosessen.

En sentral kilde som gir bidrag til å vurdere om løsningen i EU kan overføres til EØS, er EFTA-domstolens avgjørelser. I ODA artikkel 34 angis det at det hører under EFTA-domstolen å gi «rådgivende uttalelser» om fortolkningen av EØS-avtalen, som tilsier at uttalelsene bare er rådgivende. I HR-2016-2554-P (Holship) fant imidlertid Høyesterett at EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, ikke kan fravikes uten at det foreligger «gode og tungtveiende grunner for det».⁵¹ Det skal derfor mye til for at norske domstoler skal se vekk fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Videre har EFTA-domstolen, i likhet med EU-domstolen, et eget arbeidsspråk. Også her er idealet å ta utgangspunkt i denne språkversjonen av deres uttalelser, som er engelsk.⁵² Nasjonale domstoler kan imidlertid henvende seg til EFTA-domstolen på sitt eget prosessspråk i foreleggelsessaker. I slike saker følger det av EFTA-domstolens rettergangsordning artikkel 27 (5) at EFTA-domstolen skal avgi tolkningsuttalelse både på det aktuelle språket og engelsk, og at begge språkversjonene er autentiske.⁵³ Som kapittel 5 vil vise er alle dommene som er avsagt i forbindelse med artikkel 35 utgitt på norsk, ettersom sakene er fremlagt av norske domstoler. Jeg vil derfor da utgangspunkt i disse.

Videre har EFTA-domstolen anerkjent at forskjeller i EU- og EØS-rettens virkeområde kan «fremtvinge» tolkningsforskjeller.⁵⁴ Én forskjell som kan tenkes å ha betydning her, er

⁴⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 341. Se EU-domstolens bruk av Kommisjonens retningslinjer som tolkningsfaktor i f.eks. *X mod État belge*, C-930/19, avsn. 64.

⁵⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 329.

⁵¹ HR-2016-2554-P (Holship) avsn. 77. Se også Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1820.

⁵² Fredriksen og Mathisen (2022) s. 360.

⁵³ *Ibid.* s. 371-372.

⁵⁴ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 363.

mangelen på Pakten i EØS-retten. Som nevnt anses Pakten som sidestilt med EU-traktatene, og utgjør derfor en del av EUs primærrett, som EU-rettsaktene må fortolkes i lys av.⁵⁵ Dersom artikkel 35 fortolkes i lys av Pakten i EU-retten, oppstår det imidlertid et hull når bestemmelsen eventuelt skal fortolkes i EØS-rettslig sammenheng – fordi Pakten ganske enkelt ikke er en del av EØS-retten. Hvorvidt homogenitetsprinsippet i så fall kan strekkes så langt til at EØS-regelverket likevel skal tolkes likt som det tilsvarende EU-regelverket, til tross for at Pakten ikke er en del av EØS, skal jeg komme tilbake til i kapittel 5.

2.3 Gjennomføringen av EØS-retten i nasjonal rett

Utgangspunktet i norsk rett er at folkerettslige forpliktelser må gjennomføres for å bli en del av norsk rett. Høyesterett bekreftet at dette dualistiske utgangspunktet også gjelder i EØS-rettslig sammenheng i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).⁵⁶ For gjennomføringen av direktiv følger det eksplisitt av EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b at EØS-statene står fri til å bestemme «formene og midlene» for gjennomføringen.⁵⁷ Det sentrale er at direktivet må gjennomføres slik at det når sitt mål, og medlemsstatenes handlingsrom må da naturligvis tilpasses deretter.⁵⁸

Utlendingsloven § 120 gjennomfører unionsborgerdirektivet artikkel 35 i norsk rett. EU-domstolen har oppstilt krav om at medlemsstatene må sikre direktiv full virkning i overensstemmelse med sitt formål, og at dets regler fremgår klart av lovteksten.⁵⁹ Det må antas at dette klarhetskravet gjelder tilsvarende i EØS-retten jf. homogenitetsprinsippet og lojalitetsprinsippet etter EØS-avtalen artikkel 3. Følgelig må det stilles samme krav til gjennomføring av direktiv også i Norge.⁶⁰

Videre danner alminnelig norsk juridisk metode, slik den følger av Eckhoffs rettskildelære, utgangspunktet for vurderingen av den norske bestemmelsen.⁶¹ Ettersom utlendl. § 120

⁵⁵ Se kapittel 2.2.1.2.

⁵⁶ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1826. Se imidlertid Fredriksen og Martinsen (2022) s. 390 flg, hvor fremstillingen viser at norsk rett i betydelig grad også gir «manglende eller mangelfullt gjennomførte EØS-regler til dels helt avgjørende betydning for fastleggelsen av innholdet i norsk rett».

⁵⁷ Det følger av bestemmelsens forbilde i TEUV artikkel 288 (3) at et direktiv er bindende «med hensyn til det tilsigtede mål».

⁵⁸ Se f.eks. E-16/11 *Icesave* avsn. 120 «one of the principal characteristics of directives is precisely that they are intended to achieve a specific result whilst leaving it to the EEA States and their national authorities how to achieve this objective. In any case, there is a general obligation on the EEA States to ensure that the provisions of a directive are fully effective».

⁵⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 401 med videre henvisninger.

⁶⁰ *Ibid.* s. 403.

⁶¹ Askeland (2013) s. 15-17.

gjennomfører et EØS-rettslig direktiv, kan imidlertid det EØS-rettslige prinsippet om EØS-konform fortolkning få betydning i tilfeller av en eventuell regelkonflikt mellom norsk- og EØS-retten.⁶² Prinsippet forplikter de nasjonale domstolene i EØS å tolke nasjonal rett så langt som mulig i samsvar med EØS-retten. I Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) ga Høyesterett sin tilslutning til prinsippet, men bemerket at prinsippet slik det er utviklet i EU-retten ikke går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett.⁶³

⁶² For en utførlig fremstilling av direktivkonform fortolkning, se Franklin (2012) s. 269 flg.

⁶³ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1829.

3. Oversikt over unionsborgerdirektivets personelle og materielle rettigheter

3.1 Utgangspunktet for oversikten

Oppgavens hovedproblemstilling krever en oversikt over unionsborgerdirektivet. Dette har en naturlig sammenheng med at artikkel 35 gjelder misbruk av direktivets rettigheter, hvor oversikten bidrar til å konkretisere bestemmelsens innhold. Ettersom hensikten med kapittelet er å fremstille grunnlaget for analysen av artikkel 35, vil jeg ikke gi en fullstendig redegjørelse av direktivet, men fokusere på elementene som er sentrale ved fortolkningen av artikkel 35. Før jeg fokuserer på disse vil jeg imidlertid foreta en kort redegjørelse av hvilken sammenheng direktivet og dets rettigheter inngår i, ettersom hovedproblemstillingen fordrer en forforståelse av retten til fri bevegelse for personer, samt unionsborgerdirektivets regulatoriske sammenheng. Jeg vil derfor først gi en kort introduksjon av direktivets tilblivelse og sammenheng, før jeg flytter fokuset på de sentrale elementene for artikkel 35. Dette gjelder kravet om at det må foreligge et grenseoverskridende element (3.2), direktivets personelle rekkevidde (3.3), materielle rettigheter (3.4) og legitime begrensninger (3.5).

Den europeiske unions siktemål er å opprette et indre marked uten hindringer mot fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital.⁶⁴ EUs indre marked har åpnet for mer konkurranse, skapt arbeidsplasser og redusert handelshindringer, som et ledd i den europeiske integrasjonsprosessen som har som mål om å skape et velstående og fredfullt Europa.⁶⁵ I den forbindelse har retten til fri bevegelse for personer vært en viktig faktor for å fremme europeisk integrasjon.

Riktignok fastslo EØF-traktaten artikkel 3 (1) bokstav c (nå opphevet) at det europeiske økonomiske fellesskap hadde som mål å opprette et indre marked ved «fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for personer».⁶⁶ Rettigheten fordret imidlertid at personen var statsborger i en medlemsstat og økonomisk aktiv (såkalt markedsborger) som arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller tjenestemottaker eller tjenesteyter.⁶⁷ Forutsetningen om

⁶⁴ Se TEUV artikkel 26; Se også Neergaard og Nielsen (2018) s. 50.

⁶⁵ Se også TEU artikkel 3.

⁶⁶ EØF var forløperen til det som nå er Den europeiske union (EU).

⁶⁷ For en utførlig fremstilling av retten til fri bevegelse for personer, se f.eks. Barnard (2022) s. 201 flg.

økonomisk aktivitet hadde en naturlig sammenheng med at rettighetene som tilkom personer hadde som mål å realisere de økonomiske målsetningene som var en del av EØF.⁶⁸ Siden 1960 ble imidlertid koblingen mellom økonomisk aktivitet og fri bevegelighet gradvis svekket, i tillegg til at EU-migranter ble ansett som individer med rettigheter som kan håndheves ovenfor vertsstaten.⁶⁹ Dette kulminerte med *unionsborgerskapet*, som er et juridisk begrep som ble introdusert ved Maastrichttraktaten i 1992.⁷⁰ Unionsborgerskapet omfatter de rettighetene som enhver statsborger i EUs medlemsland har, og til forskjell fra før Maastrichttraktaten, må ikke en EU-borger være økonomisk aktiv for å benytte seg av retten til fri bevegelighet.⁷¹

Unionsborgerdirektivet effektiviserer unionsborgernes traktatfestede rett til fri bevegelighet og opphold. Direktivet samler og erstatter tidligere EU-rettsakter som regulerte EU-borgeres rett til fri bevegelighet, samt rettsutviklingen som har skjedd gjennom EU-domstolens avgjørelser.⁷² Direktivet har som formål å forenkle og styrke unionsborgernes rett til fri bevegelighet og opphold, og det er et generelt trekk at rettighetenes omfang øker desto lenger en person oppholder seg i en annen medlemsstat.⁷³

3.2 Grenseoverskridende element

Det følger av direktivets artikkel 3 (1) at det gjelder for enhver unionsborger som «reiser til eller tager opphold i en annen medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger» [uthevet her]. For at rettighetene i direktivet skal komme til anvendelse må det altså foreligge et såkalt *grenseoverskridende element*. Dette innebærer at aktivitet som er avgrenset til én medlemsstat som hovedregel ikke aktualiserer direktivet, i tillegg til at direktivet ikke får anvendelse i rent interne situasjoner.⁷⁴ Kravet om at det må foreligge et grenseoverskridende element vil både være oppfylt ved utreise fra en medlemsstat, og ved retur fra vertsstaten til hjemstaten.⁷⁵ Dette innebærer at familiemedlemmer til unionsborgere som returnerer fra vertsstaten, kan få *avledet*

⁶⁸ Kroeze (2020) s. 222.

⁶⁹ Barnard (2020) s. 203.

⁷⁰ Maastricht-traktaten ble inngått mellom medlemslandene i det daværende EF, og omdannet EF til Den europeiske union (EU).

⁷¹ For en utførlig fremstilling av unionsborgerskapet, se f.eks. Barnard (2022) s. 319 flg.

⁷² Det følger av direktivet at det endrer forordning (EF) nr. 1612/68 og opphever 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.

⁷³ Barnard (2022) s. 326; Se kapittel 3.4 for direktivets materielle rettigheter.

⁷⁴ Dette gjelder med unntak fra direktiv 2004/38 artikkel 4 som gir alle unionsborgere rett til å forlate en medlemsstats område for å reise til en annen medlemsstat.

⁷⁵ Se f.eks. *Surinder Singh*, C-370/90, *Akrich*, C-109/01 og *O. og B.*, C-456/12. *Vertsstaten* betegner medlemslandet som en unionsborger reiser til for å utøve retten til fri bevegelighet og opphold, mens *hjemstaten* betegner medlemslandet unionsborgeren er statsborger i.

oppholdsrett i medlemsstaten der unionsborgeren er statsborger, på grunnlag av retten til fri bevegelighet for personer.⁷⁶ Avledet oppholdsrett innebærer at familiemedlemmet ikke har en selvstendig rettighet, men en rettighet som er avledet fra en unionsborger som utøver retten til fri bevegelighet.⁷⁷ Utgangspunktet er følgelig at det må foreligge aktivitet mellom to medlemsstater.⁷⁸

Kravet om at unionsborgeren «reiser til eller tager opphold i en annen medlemsstat» innebærer imidlertid ikke et krav om fysisk bevegelse.⁷⁹ Direktivet får anvendelse også for personer som er født og som alltid har oppholdt seg i en annen medlemsstat enn der vedkommende har statsborgerskap.⁸⁰ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at en unionsborger har dobbelt statsborgerskap.⁸¹

3.3 Direktivets personelle rekkevidde

3.3.1 Introduksjon

Unionsborgerdirektivet gjelder for unionsborgere og deres familiemedlemmer. Direktivet får anvendelse på enhver unionsborger som «reiser til eller tager opphold i en annen medlemsstat» og deres familiemedlemmer (som definert i artikkel 2 nr. 2) som «ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne» jf. direktivets artikkel 3 (1).

I det følgende vil jeg ta stilling til hvem som faller under definisjonen «familiemedlem» etter henholdsvis artikkel 2 nr. 2 (3.3.2.1) og 3 nr. 2 (3.3.2.2).

⁷⁶ Dette er betinget av at unionsborgeren har utøvet et reelt opphold i vertsstaten i overensstemmelse med direktivets artikkel 7 (1) eller 16 (1) og at unionsborgeren har oppbygget eller styrket sitt familieliv i medlemsstaten, se mer om dette i C/2023/1392 s. 73-76.

⁷⁷ *Alopa*, C-86/12 avsn. 22. Se mer om avledede rettigheter for familiemedlemmer i kapittel 3.3.2.

⁷⁸ EU-domstolen har i sin rettspraksis utviklet et unntak fra kravet om at det må foreligge et grenseoverskridende element. I C-34/98, *Zambrano* ble TEUV artikkel 20 ansett å være til hinder for at en forelder som er tredjelandsborger ikke får oppholdsrett, i den utstrekning barn som er EU-borgere blir fratatt muligheten til å utøve sine rettigheter som unionsborgere, til tross for at det ikke foreligger et grenseoverskridende element. For en utførlig fremstilling av unntakets utvikling, se f.eks. Franklin (2024) s. 13-14.

⁷⁹ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 23.

⁸⁰ *Chen*, C-200/02.

⁸¹ *McCarthy*, C-434/09.

3.3.2 Familiemedlemmer

3.3.2.1 Avledede rettigheter

Familiemedlemmer etter unionsborgerdirektivets definisjon, uavhengig av om disse er statsborger i en av EUs medlemsstater eller ikke, er omfattet av direktivet.⁸² Unionsborgerdirektivet gir med dette avledet rett til fri bevegelighet for unionsborgernes familiemedlemmer.⁸³ Som nevnt er ikke avledede rettigheter selvstendige rettigheter, men avledet av en unionsborger som utøver retten til fri bevegelighet.⁸⁴ Hvorvidt et familiemedlem omfattes av unionsborgerdirektivet, er derfor avhengig av om unionsborgeren som familiemedlemmet kan avlede rettigheter fra omfattes av direktivet.⁸⁵

Formålet og begrunnelsen for avledede rettigheter for familiemedlemmer, er at retten til fri bevegelighet ikke ville vært effektiv uten bestemmelser som sikrer at familiemedlemmer kan komme sammen med eller slutte seg til unionsborgeren. EU-domstolen uttalte i *Metock* at: «Allerede inden vedtagelsen af direktiv 2004/38 havde fællesskabslovgiver anset det for at være vigtigt at beskytte medlemsstaternes statsborgeres familieliv med henblik på at fjerne hindringerne for udøvelsen af de grundrettigheder, der er sikret i EF-traktaten».⁸⁶

I samme dom ble det uttalt at dersom unionsborgeren «ikke hadde ret til at have et normal familieliv i værtsmedlemsstaten» så ville utøvelsen av friheten som er sikret i traktaten «være alvorlig hindret».⁸⁷ Dertil har EU-domstolen uttalt at de avledede rettighetene baserer seg på «den konstatering, at et afslag på at anerkende disse rettigheder kan *gripe ind* i [unionsborgerens] frie bevægelighed, idet han *afholdes* fra at udøve [retten til fri bevegelighet og fritt opphold]» [uthevet her].⁸⁸ Formålet om å opprette et indre marked som kjennetegnes av at hindringer for personers frie bevegelighet fjernes, fordrer derfor rett til familiegjenforening.⁸⁹

⁸² Se direktivets 5. betraktning; Se også *McCarthy II*, C-202/13 og C/2023/1392 s. 10.

⁸³ Se også C/2023/1392 s. 10.

⁸⁴ Se kapittel 3.2.

⁸⁵ Se f.eks. *McCarthy II*, C-202/13 avsn. 34.

⁸⁶ *Metock*, C-127/08, avsn. 56.

⁸⁷ *Ibid.* avsn. 62.

⁸⁸ *Alokpa*, C-86/12 avsn. 22; Se også *Ymeraga og Ymeraga*, C-87/ avsn. 35 og *Iida*, C-40/11 avsn. 69.

⁸⁹ *Metock*, C-127/08, avsn. 68.

3.3.2.2 Kjernefamiliemedlemmer

Familiemedlemmene som er definert i artikkel 2 (2) omtales som «[k]jernefamiliemedlemmer», og har automatisk rett til innreise og opphold uansett nasjonalitet.⁹⁰ Dette gjelder ektefelle, registrert partnerskap, slektninger i rett oppstigende linje og slektninger i rett nedstigende linje.

a) Ektefelle

Utgangspunktet er at ektefeller («ægtefeller») omfatter personen som unionsborgeren har inngått et gyldig ekteskap med.⁹¹ Materiell familierett faller imidlertid under medlemsstatenes kompetanse, som kan føre til ulik lovgivning i medlemsstatene med hensyn til hva som anses som et gyldig ekteskap og ikke.⁹² EU kan likevel vedta tiltak som legger til rette for at ekteskap som er etablert i en medlemsstat, anerkjennes i alle andre medlemsstater.

Tvangsekteskap, herunder ekteskap der den ene eller begge partene giftes bort uten samtykke eller mot hans eller hennes vilje, er ikke beskyttet av hverken internasjonal- eller EU-lovgivning.⁹³ Dette må skilles mot arrangert ekteskap (altså at det er noen andre enn de kommende ektemakene som tar initiativet til ekteskapet) og proformaekteskap, der sistnevnte er et eksplisitt eksempel på misbruk i direktivets artikkel 35 og derfor ikke lovlig ekteskap etter artikkel 2 (2).⁹⁴ Medlemsstatene er heller ikke forpliktet til å anerkjenne polygame ekteskap som er lovlig inngått i et tredjeland, men som kan være i strid med deres nasjonale rett.⁹⁵

EU-domstolen har presisert at begrepet «ægtefelle» i direktivet er kjønnsnøytralt og omfatter ekteskap mellom personer av samme kjønn.⁹⁶ EU-domstolen har videre lagt til grunn at statusen som «ægtefelle» ikke er avhengig av at partene bor sammen.⁹⁷ Dette var etablert i henhold til lovgivningen som forelå forut for direktivet. I tillegg har EU-domstolen uttalt at et ekteskap

⁹⁰ C/2023/1392 s. 10.

⁹¹ På engelsk benyttes ordet «spouse» hvor EU-domstolen har gjort det klart at begrepet refererer til ekteskap, slik at ugifte par ikke kan anses som «spouses» se *Reed*, sak 59/85 avsn. 15 som henvist til av Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 33.

⁹² Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 27.

⁹³ C/2023/1392 s. 11.

⁹⁴ Proformaekteskap behandles nærmere i kapittel 4.

⁹⁵ Se EMD sin dom i *E.A og A.A mot Nederland* [C], no. 14501/89, ECHR:1992:0106DEC001450189 som henvist til i C/2023/1392 s. 11.

⁹⁶ EU-retten hindrer at en medlemsstats myndigheter nekter en unionsborgers ektefelle av samme kjønn rett til innreise og opphold på grunnlag av manglende anerkjennelse av ekteskap mellom personer av samme kjønn i en medlemsstat, se *Coman*, C-673/16, avsn. 35, 48-51, 56.

⁹⁷ *Diatta*, sak 267/93 avsn. 18. Se også Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 27.

ikke anses å være oppløst før det er oppsagt av den kompetente myndighet – selv om de har til hensikt å skille seg.⁹⁸

b) Registrert partnerskap

Artikkel 2(2) bokstav b omfatter en «partner» som unionsborgeren «har inngået et registrert partnerskap i medfør af en medlemsstats lovgivning». Det registrerte partnerskapet må inngås på grunnlag av en medlemsstats lovgivning, og innebærer at registrerte partnerskap inngått utenfor EU ikke omfattes av direktivet.⁹⁹

Videre er det et krav at lovgivningen i vertsstaten sidestiller et registrert partnerskap med ekteskap, samt betingelsene i vertsmedlemsstatens relevante lovgivning.¹⁰⁰ Dette innebærer at medlemsstatene har en viss skjønnsmargin når de definerer hvilke registrerte partnerskap som skal anses likestilt med ekteskap.¹⁰¹ Dertil har Kommisjonen i veiledningen fra 2023 uttalt at et registrert partnerskap kan anerkjennes i én medlemsstat med henblikk på gjennomførelsen av direktivet, men ikke i en annen medlemsstat.¹⁰² Dersom et registrert partnerskap ikke oppfyller disse betingelsene, kan imidlertid partnerens rett til innreise og opphold vurderes i henhold til direktivets artikkel 3 nr. 2.¹⁰³

c) Slektninger i rett nedstigende og oppstigende linje

Uttrykket «direkte etterkommere» omfatter ethvert biologisk eller juridisk slektsforhold til foreldre og barn, og omfatter både biologiske og adopterte barn.¹⁰⁴ Dette omfatter også «direkte etterkommere» av unionsborgerens ektefelle eller registrerte partner. Familiemedlemmer som faller under artikkel 2 (2) bokstav c er typisk barn, barnebarn og stebarn.¹⁰⁵ Bestemmelsene i direktivet skiller mellom to kategorier av direkte etterkommere. Den ene er de som er under 21 år, og den andre de over 21 år. For at direkte etterkommere over 21 år skal anses som «familiemedlem» i henhold til direktivet, må de «forsørges af unionsborgeren». Jeg avgrenser

⁹⁸ *Iida*, C-40/11, avsn. 58 med henvisning til *Diatta*, sak 267/83, avsn. 20.

⁹⁹ C/2023/1392 s. 12.

¹⁰⁰ *Ibid.* s. 12.

¹⁰¹ *Ibid.* s. 12.

¹⁰² *Ibid.* s. 12

¹⁰³ Se mer om dette i kapittel 3.2.3.3.

¹⁰⁴ C/2023/1392 under kapittel 3.2.2.3 s. 23 med henvisning til *SM*, C-129/18.

¹⁰⁵ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 29.

imidlertid mot en nærmere behandling av hva som ligger i at en slektning forsørges av unionsborgeren.¹⁰⁶

Ordene «slægtninge i opstigende linje» omfatter slektninger av både unionsborgeren og unionsborgerens ektefelle eller registrerte partner. Dette omfatter for eksempel foreldre, besteforeldre og svigerforeldre.¹⁰⁷ For at slektninger i rett oppstigende linje skal anses som «familiemedlem» må de imidlertid «forsørges af unionsborgeren».¹⁰⁸

3.2.3.3 Andre familiemedlemmer

Til forskjell fra familiemedlemmer definert i artikkel 2 (2) som oppnår automatisk rett til innreise og opphold, er familiemedlemmene som defineres i artikkel 3 (2) personer som vertsstaten skal «lette indrejse og opphold for». Dette omfatter «alle andre familiemedlemmer» som ikke omfattes av artikkel 2 (2) dersom disse a) forsørges av eller tilhører husstanden til unionsborgeren som har den primære oppholdsretten, eller dersom det er «alvorlige helbredsmæssige grunde» som gjør det «absolut nødvendig» at unionsborgeren pleier familiemedlemmet, eller b) den partneren som unionsborgeren har et «behørigt dokumentert» varig tilknytning til.

3.3 Direktivets materielle rekkevidde

3.3.1 Introduksjon

I kapittel 3.2 har jeg etablert direktivets personelle rekkevidde – altså hvem som drar nytte av rettighetene i direktivet. Siktemålet med dette kapittelet (3.3) er å gi en introduksjon og oversikt over direktivets materielle rettigheter. Det er ikke formålstjenlig å gi en fullstendig oversikt, men jeg vil løfte frem det som har størst betydning for oppgaven.

3.3.2 Retten til utreise og innreise

Unionsborgerdirektivet kapittel 2 regulerer retten til innreise og utreise i henholdsvis artikkel 4 og artikkel 5. Artikkel 4 (1) og 5 (1) fastslår at alle unionsborgere (og deres familiemedlemmer) har rett til å forlate en medlemsstat og reise inn i en annen medlemsstat med «et gyldigt

¹⁰⁶ Se mer om dette i f.eks. Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 44-46, Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) og C/2023/1392 s. 14-16.

¹⁰⁷ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 29-30.

¹⁰⁸ Se fotnote 106.

identitetskort eller pas». Det er ingen visumplikt eller lignende forpliktelser for personer som faller under de nevnte bestemmelsene, se artikkel 4 (2) og 5 (1).

3.3.3 Retten til opphold

Unionsborgerdirektivet skiller mellom opphold opp til 3 måneder, opphold fra 3 måneder til 5 år og opphold i mer enn 5 år. Kravene for å oppholde seg i en annen medlemsstat, varierer mellom disse tre kategoriene. Et generelt trekk er at *ikke-økonomisk aktive* personer må oppfylle andre, og flere kriterier enn de personene som er *økonomisk aktive*. I forlengelsen av dette er det nødvendig å definere hva jeg legger i begrepene ikke-økonomisk aktive personer, og økonomisk aktive personer i oppgaven. Årsaken er at det er vanskelig å skille mellom hvem som faller under de to begrepene, som kan begrunnes med at de fleste personer utøver ulik grad av økonomisk aktivitet.¹⁰⁹ For oppgavens formål forstås imidlertid økonomisk aktive som arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende, som ikke må ha tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer for å ha rett til opphold i mer enn tre måneder jf. direktivets artikkel 7 (1)(a).¹¹⁰ Dette omfatter også personer som beholder statusen som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende etter artikkel 7 (3). Ikke-økonomisk aktive derimot, forstås her som persongruppen som må oppnå flere kriterier for å ha rett til opphold i mer enn tre måneder, for å ikke bli en byrde på vertsstatens velferdssystem jf. direktivets artikkel 7 (1)(b) og (c).¹¹¹

Alle unionsborgere har rett til oppholdsrett i inntil tre måneder uten andre vilkår eller formaliteter enn kravet om å ha et gyldig identitetskort eller pass (artikkel 6). Unionsborgere kan videre ifølge artikkel 7 (1) ha rett til opphold i mer enn 3 måneder dersom de er a) arbeidstaker 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 velferdssystem under oppholdet, samt har en omfattende sykeforsikring i vertsstaten, c) er tatt opp ved en privat eller offentlig institusjon med hovedformål å forfølge et studium og har sykeforsikring med full dekning i vertsstaten til seg og sine familiemedlemmer, slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens velferdssystem, eller d) er familiemedlemmer som kommer sammen med eller slutter seg til en unionsborger som oppfyller vilkårene i a), b) eller c).

¹⁰⁹ Barnard (2022) på s. 202 bruker f.eks. uttrykket «semi-economically active» ovenfor pensjonister, studenter og såkalte «persons with independent means (PIMs)» (PIMs kan defineres som EU-borgere som har tilstrekkelige midler for å ikke bli en byrde på vertsstatens velferdssystem).

¹¹⁰ Se mer om bestemmelsen straks nedenfor. Skillet har en naturlig sammenheng med oppdelingen mellom alle unionsborgeres misbruk, og ikke-økonomisk aktives misbruk i kapittel 4.

¹¹¹ Guild, Peers og Tomkin (2019) bruker samme skillet, se s. 128-130.

Kravet om tilstrekkelige midler og sykeforsikring gjelder ikke for arbeidstakere, selvstendige næringsdrivende eller personer som ikke er økonomisk aktive, men som beholder statusen som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende jf. artikkel 7 (3). Dersom en arbeidssøkende reiser inn til en vertsstat for å søke arbeid, er vedkommende i en annen kategori hvor tilstrekkelige midler og sykeforsikring ikke er et krav. Den arbeidssøkende kan heller ikke utvises så lenge vedkommende kan dokumentere at han eller hun fremdeles søker arbeid og har «reelle muligheter» for å bli ansatt jf. artikkel 14 (4) bokstav b.

Unionsborgere (og deres familiemedlemmer) som har oppholdt seg lovlig vertsstaten i et sammenhengende tidsrom på fem år, har rett til fast opphold jf. artikkel 16. Etter dette har unionsborgeren og vedkommendes familiemedlemmer rett til å oppholde seg i vertsstaten uten ytterligere betingelser, selv om de ikke har tilstrekkelige midler eller sykeforsikring.

3.3.4 Retten til likebehandling

Direktivets artikkel 24 (1) gir særlig uttrykk for likebehandlingsprinsippet, og bestemmer at alle unionsborgere (og deres familiemedlemmer) som oppholder seg i en vertsstat skal behandles likt som vertsstatens egne statsborgere. Artikkel 24 (1) kommer kun til anvendelse for personer som oppholder seg i vertsstaten i overensstemmelse med betingelsene i direktivet, og er derfor betinget av at disse er oppfylt.¹¹²

Det er videre innført beskyttende tiltak for å verne vertsstatene mot urimelige finansielle byrder. Dertil tillater artikkel 24 (2) unntak fra likebehandlingsprinsippet, og bestemmer at en vertsstat ikke er forpliktet til å gi rett til velferdsytelser de første tre måneder av et opphold eller eventuelt i en lengre periode som følger av artikkel 14 (4) bokstav b (arbeidssøkende). Vertsstaten er heller ikke forpliktet, forut for oppnåelse av rett til tidsbegrenset opphold, å yte studiestøtte i form av stipend eller lån til andre personer enn arbeidstakere, selvstendige næringsdrivende og deres familiemedlemmer.

3.3.5 Legitime begrensninger

Unionsborgerdirektivet uttrykker hvordan EU-lovgiveren fyller sin rolle etter TEUV artikkel 20 og 21 til å utarbeide direktiv som effektiviserer unionsborgernes grunnleggende rett til fri

¹¹² C/2023/1392 s. 48.

bevegelse, samt begrensningene og vilkårene for disse rettighetene.¹¹³ Siden fri bevegelse for personer er en del av EUs grunnlag skal bestemmelser som gir friheten tolkes bredt, mens unntak fra prinsippet skal fortolkes strengt eller snevert.¹¹⁴ Selv om unntakene skal fortolkes snevert er imidlertid ikke retten til fri bevegelse for personer ubegrenset, som kommer til uttrykk gjennom direktivets unntaksbestemmelser i kapittel VI (artikkel 27-33) og artikkel 35.

Unionsborgerdirektivet artikkel 27 første ledd angir det generelle prinsippet om at retten til fri bevegelse for personer kan begrenses av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse.¹¹⁵ Bestemmelsen gjelder med forbehold om bestemmelsene i direktivets kapittel VI, som innebærer at begrensningene må leses i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i kapitlet. Dette omfatter blant annet rett til underretning om vedtak (artikkel 30) og garanti for rett saksbehandling (artikkel 31).

Artikkel 27 (1) gjentar TEUV artikkel 45 (3) i tillegg til å oppheve og erstatte tidligere direktiv som også inneholdt bestemmelser om tiltak begrunnet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og helse.¹¹⁶ Unntakene er derfor behandlet i større grad enn artikkel 35 i både litteraturen og rettspraksis, som jeg vil gå nærmere inn på i kapittel 4.1.4 som kontekst til fortolkningen av artikkel 35.

¹¹³ Se også Jesse og Carter (2020) s. 144.

¹¹⁴ Se f.eks. *Jipa*, C-33/07, avsn. 23 og *Orfanopoulos*, forente saker C-482/01 og C-493/01 avsn. 66. For en mer utførlig fremstilling av unntakene, se kapittel 4.1.4.

¹¹⁵ Den første setningen i artikkel 27 (1) reflekterer TEUV artikkel 45 nr. 3 om begrensninger av retten til fri bevegelse for arbeidstakere, og er det materielle innholdet i TEUV artikkel 21 (1) sin henvisning til at unionsborgeres rett til fri bevegelse og opphold gjelder med «de begrensninger» som er fastsatt i traktatene og i «gjennomførelsesbestemmelsene», se Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 258.

¹¹⁶ Se f.eks. direktiv 64/221/EØF, direktiv 68/360/EØF art. 10, direktiv 73/148/EØF art. 8, direktiv 75/34/EØF art. 9 og direktiv 90/365/EØF art. 2 (2).

4. Fortolkningen av artikkel 35 i EU

Det første trinnet i fortolkningen av EØS-regelverk som er tatt over fra EU-retten, er som anvist å først fastlegge fortolkningen av det samme regelverket i EU-retten.¹¹⁷ I kapittel 4 vil jeg derfor fastlegge den EU-rettslige løsningen av artikkel 35, med utgangspunkt i EU-rettslig metode i EU-rettslig kontekst.¹¹⁸ Jeg vil først fortolke misbruksbegrepet i artikkel 35 (4.1), for deretter å gå nærmere inn på proformaekteskap som uttrykkelig eksempel på misbruk (4.2). Endelig vil jeg vurdere om bestemmelsen kan omfatte andre former for misbruk (4.3).

4.1 «Misbruk av rettigheter...»

4.1.1 Den alminnelige forståelsen av ordlyden

I likhet med norsk rettskildelære er den alminnelige forståelsen av ordlyden det naturlige utgangspunktet i tolkningsprosessen.¹¹⁹ Unionsborgerdirektivet artikkel 35 angir at medlemsstatene kan treffe nødvendige tiltak «i henhold til dette direktiv» når det er tale om «misbruk af rettigheder» eller «svig». Ordlyden «[misbruk af rettigheder] i henhold til dette direktiv» gjør det klart at bestemmelsen regulerer misbruk av rettighetene som følger av unionsborgerdirektivet – og bare direktivet – og at medlemsstatene kan treffe tiltak når det foreligger misbruk. Bestemmelsen spesifiserer ikke hvilke tiltak medlemsstatene kan treffe, utover at det kan treffes tiltak for å «nægte, ophæve eller tilbagekalde» rettigheter i direktivet, og at disse må stå i et rimelig forhold til misbruket og være omfattet av direktivets garantier for rett saksbehandling som følger av artikkel 30 og 31.¹²⁰

En alminnelig forståelse av «misbruk av rettigheter» tilsier å bruke eller benytte seg av rettigheter på gal eller utilbørlig måte. Mens ordet «bruk» er et nøytralt ord som beskriver at rettighetene i direktivet benyttes, beskriver ordet «misbruk» at det er noe galt eller utilbørlig ved måten rettighetene benyttes på. Ut fra ordlyden må det derfor oppstilles et skille mellom legitim bruk av rettighetene i direktivet, og misbruk av rettighetene i direktivet. Hertil kan det vises til Kommissjonens veiledning for fortolkningen av artikkel 35, hvor det uttales at «EU-

¹¹⁷ Se kapittel 2.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Se f.eks. Sunde, Lunde og Sørebo s. 168 med videre henvisninger.

¹²⁰ I Kommissjonens veiledning til unionsborgerdirektivet vises det til at medlemsstatene kan nekte å tildele rettigheter som f.eks. utstedelse av innreisevisum eller oppholdskort, eller at medlemsstaten opphever eller tilbakekaller rettigheter, som f.eks. beslutning om å oppheve gyldigheten av oppholdskort og utsende personen som har oppnådd rettigheten ved misbruk, se C/2023/1392 s. 72.

retten fremmer EU-borgeres bevægelighet og beskytter dem, som gør brug af den».¹²¹ EU-retten beskytter altså unionsborgernes bruk av den grunnleggende retten til fri bevegelighet, som gir en pekepinn om at misbruk må skilles fra legitim bruk.

Den alminnelige forståelsen av «misbruk» må videre skilles fra forståelsen av bedrageri («svig») som også følger av artikkel 35. Hverken begrepet «misbruk» eller «svig» er legaldefinert i direktivet, men Kommisjonens forståelse av begrepene fremgår i sin veiledning til direktivet. Kommisjonen definerer bedrageri for sin del som «adfærd udvist af en person, der forsøger at overtræde loven ved at fremlægge svigagtig dokumentation for, at de formelle betingelser er behørigt opfyldt, eller som er utstedt på grundlag af urigtige oplysninger om de betingelser, der er opholdsretten».¹²² Slik jeg forstår definisjonen sikter bedrageri til falsk eller forfalskning av dokumenter for å formelt oppfylle betingelsene i direktivet.

Kommisjonen definerer derimot misbruk som «en adfærd, der **alene** har til formål at opnå ret til fri bevægelighet og ophold i henhold til EU-retten, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med EU-bestemmelserne, om en de betingelser, der er fastsat i disse bestemmelser, formelt er opfyldt».¹²³ Tyngdepunktet ligger i at en person «alene» har som formål å oppnå rettighetene i direktivet, og at dette formålet ikke harmonerer med formålet til rettigheten som søkes oppnådd. Det er altså formålet – eller hensikten – som ikke er legitim.

Ut fra hva Kommisjonen mener må forstås med begrepene, vil betingelsene for å oppnå en rettighet formelt være oppfylt både når det foreligger misbruk eller bedrageri. Forskjellen ligger i at bedrageri er relevant når rettighetene bygger på dokumenter som er falske eller forfalsket, mens misbruk innebærer at det er noe illegitimt ved hensikten eller formålet med å oppnå rettigheten. For eksempel vil en falsk vielsesattest kategoriseres som bedrageri, mens et ekteskap inngått (formelt sett) med et formål som ikke samsvarer med unionsborgerdirektivet, vil kategoriseres som misbruk.¹²⁴ Hva Kommisjonen mener ligger i begrepene understøtter derfor at det må oppstilles et skille mellom misbruk og bedrageri.

¹²¹ C/2023/1392 s. 71.

¹²² C/2023/1392 s. 71.

¹²³ *Ibid.* s. 71 med henvisning til *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 52 flg. og *Centros*, C-212/97, avsn. 25.

¹²⁴ *Ibid.*

Utover dette er det lite å trekke ut av ordlyden til artikkel 35 isolert sett. Det er derfor aktuelt å se nærmere på de andre tolkningsmetodene, og hvorvidt disse kan gi ytterligere bidrag til fortolkningen av bestemmelsen.

4.1.2 Bestemmelsens umiddelbare kontekst

Unionsborgerdirektivets fortale er en del av konteksten som må tas i betraktning ved fortolkningen av artikkel 35.¹²⁵ Bakgrunnen for dette er at EU-institusjonene gjennom fortalen oppfyller kravet i TEUV artikkel 296 (2) om at alle rettsakter må begrunnes.¹²⁶ Fortalen kan derfor belyse hva som menes med misbruk i artikkel 35. Betraktningen som er relevant for fortolkningen av artikkel 35, er direktivets 28. betraktning. Denne angir at:

«For at hindre misbruk og svig, især proformaægteskaber og andre former for forhold, der indgås udelukkende for at kunne udøve retten til fri bevægelighed og til ophold, bør medlemsstaterne have mulighed for at vedtage de nødvendige foranstaltninger.»

Fortalen gir anvisning på et ønske eller formål fra EU-lovgiveren om å hindre misbruk og bedrageri av retten til fri bevegelighet og opphold – f.eks. proformaekteskap og andre former for forhold – som inngås utelukkende for å kunne utøve disse rettighetene. Uttrykket «udelukkende for at» peker på et krav om hensikt, hvor det avgjørende synes å være at personene inngår et ekteskap eller forhold bare med den hensikt om å oppnå rettighetene som følger av direktivet. Sammenholdt med ordlyden trekker fortalen i retning av at «gal» eller «utilbørlig» bruk av rettigheter foreligger når personer begår en handling, bare for å oppnå de rettighetene som følger av direktivet. Dette samsvarer også med hva Kommisjonen mener må forstås med misbruk, herunder at det er tale om en atferd som «alene» har som formål å oppnå rettighetene i direktivet.¹²⁷

At det spesifikt vises til proformaekteskap og andre former for forhold, kan ha en sammenheng med at det var denne formen for misbruk eller bedrageri som EU-lovgiveren anså som et aktuelt eksempel, ut fra den rettspraksis som forelå da direktivet ble vedtatt.¹²⁸

¹²⁵ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 338.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Se kapittel 4.1.1.

¹²⁸ Rettspraksis vil bli behandlet i kapittel 4.1.3

Fortalen gir lite veiledning i tolkningen av «misbruk» utover at medlemsstatene skal ha mulighet til å vedta nødvendige tiltak for å hindre misbruk. Jeg forstår det slik at uttrykket «der indgås udelukkende for at kunne udøve retten til fri bevegelse og til opphold» gir veiledning i forhold til når det foreligger misbruk som «proformaægteskaber og andre former for forhold», og ikke «misbruk» som sådan. Likevel gir fortalen her en retningslinje når det gjelder skillet mellom bruk og misbruk: Det vil kunne foreligge misbruk når et ekteskap eller en annen form for forhold inngås utelukkende for å kunne utøve rettighetene i direktivet. Fortalen er imidlertid taus med hensyn til hvordan artikkel 35 skal fortolkes i forhold til det EU-rettslige prinsippet om misbruk, og om testen for å etablere misbruk etter prinsippet vil være relevant også for grensedragningen mellom bruk og misbruk i artikkel 35. Det generelle prinsippet om misbruk og testen for å etablere misbruk etter dette, skal jeg imidlertid komme tilbake til i kapittel 4.1.3.

Når det kommer til artikkel 35 sin tilblivelseshistorie – eller dens forarbeider – må det merkes at da Kommisjonen forela sitt forslag til direktivet den 29. juni 2001, var det ingen av artiklene som regulerte hverken misbruk eller bedrageri som grunnlag for unntak fra rettighetene. Artikkel 35 hadde tittelen «[b]ortfald» og regulerte hvilke bestemmelser og direktiv som ble opphevet og erstattet av unionsborgerdirektivet.¹²⁹ Det var først den 5. desember 2003 når Rådet vedtok sin innstilling til direktivforslaget, at artikkel 35 slik den lyder i dag ble inntatt i direktivet.¹³⁰ Til dette uttalte Rådet at «[d]enne nye artikkel er indført for at gjøre det klart, at medlemsstatene kan nægte, ophæve eller tilbakekalde rettigheter i henhold til dette direktiv, når der er tale om misbruk af rettigheder eller svig».¹³¹ Tillegget av ny artikkel 35 ble godkjent av Kommisjonen 30. desember 2003, fordi «den udgør et kompromis mellem meldemsstaternes legitime ønske om at forebygge misbrug og indføre et mere smidig system for borgerne i forhold til de gældende regler som ønsket af Kommissionen».¹³² Dette tilsier at bestemmelsen ble inntatt for å ivareta balansen mellom formålet om å effektivisere unionsborgernes rett til fri bevegelse, og medlemsstatenes legitime ønske om å forebygge misbruk. Utover dette har jeg ikke funnet en nærmere redegjørelse for innholdet i artikkel 35. Det er derfor heller ingenting i forarbeidene som sier noe om at artikkel 35 er en kodifisering av prinsippet om misbruk.

¹²⁹ KOM (2001) 257 endelig.

¹³⁰ Fælles holdning (EF) nr. 6/2004.

¹³¹ *Ibid.* under bokstav C: «Nye elementer, som Rådet har indført».

¹³² SEK/2003/1293 endelig, under punkt 3.3: «Nye bestemmelser indført af Rådet».

4.1.3 Utvikling av prinsippet om misbruk av rettigheter

I 4.1.1 og 4.1.2 har jeg sett på de tolkningsbidragene som kan trekkes ut fra ordlyden og artikkel 35 sin umiddelbare kontekst og formål. Jeg har etablert at det må skilles mellom legitim bruk og misbruk av direktivets rettigheter, og mellom misbruk og bedrageri. Dessuten har jeg etablert at artikkel 35 omfatter proformaekteskap og andre former for forhold inngått utelukkende for å kunne utøve rettighetene i direktivet.

Det viktigste bidraget til tolkningen kommer imidlertid ved å ta et lite steg tilbake historisk, og tolke artikkel 35 i lys av det overordnede prinsippet om misbruk av rettigheter slik det er utviklet av EU-domstolen. En fullstendig redegjørelse for prinsippets utvikling faller utenfor oppgavens rammer, hvor jeg har valgt ut et knippe dommer som illustrerer hovedtrekkene basert på andre fremstillinger av prinsippets utvikling.¹³³

Utviklingen av prinsippet om misbruk kan falle under to av tolkningsmetodene som gjelder i EU-retten: For det første kan det anses som kontekst i den grad rettspraksis er retningsgivende for fortolkningen av artikkel 35 og hvordan prinsippet forstås som et hele. For det andre kan det kobles til formålet med artikkel 35, som er å kodifisere prinsippet om misbruk av rettigheter og operasjonalisere det konkret innenfor retten til fri bevegelse for personer og opphold. Uavhengig av hvilken tolkningsmetode prinsippets utvikling faller under (om det er kontekst eller formål), er forståelsen og fastleggelsen av denne nødvendig for å forstå artikkel 35.

I dette kapitlet (4.1.3) vil jeg derfor først se på utviklingen av prinsippet om misbruk av rettigheter i sin alminnelighet (4.1.3.1-4.1.3.3) for deretter å se hvordan dette har utviklet seg spesifikt innenfor retten til fri bevegelse for personer (4.1.3.4) og til slutt hvordan EU-domstolen har fortolket artikkel 35 i sin praksis i forhold til prinsippet (4.1.3.5).

4.1.3.1 EU-domstolen anerkjenner misbruk som et legitimt unntak fra fri bevegelse

Misbruk av rettigheter ble for første gang satt på spissen av EU-domstolen i *van Binsbergen* (1974).¹³⁴ Tvisten i saken oppstod da nederlandske Kortmann opptrådte som prosessfullmektig på vegne av klienten Van Binsbergen, som flyttet til fra Nederland til Belgia under sakens gang. På bakgrunn av nederlandsk lovgivning som bestemte at bare personer bosatt i Nederland kunne

¹³³ Dette gjelder særlig Lenaerts (2010), bidragene i antologien *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* og Kroeze (2020).

¹³⁴ *van Binsbergen*, 33-74; At dette var første dom, følger og av de la Feria (2011) s. 19 og i Kroeze (2020) s. 239.

opptre som prosessfullmektig, ble det reist spørsmål om Kortmann fremdeles kunne opptre som prosessfullmektig eller ikke, ettersom han ikke lenger var bosatt i Nederland.

Kortmann krevde å få representere klienten sin i kraft av retten til fri bevegelighet av tjenester, hvoretter EU-domstolen måtte ta stilling til om EØF-traktatens artikkel 59 (nå TEUV artikkel 49) åpnet for at en tjenesteyter som Kortmann kunne bruke retten til fri bevegelighet, når det ville resultere i omgåelse av det nederlandske bostedskravet. Domstolen uttalte at «man kan [...] ikke nægte en medlemsstat ret til at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den i artikkel 59 garanterede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvist rettet mod denne stats territorium *med sigte på at unddrage sig de faglige regler*, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium» [uthevet her].¹³⁵ Det domstolen sier her er at medlemsstatene kan treffe tiltak for å hindre omgåelse av nasjonal lovgivning, i denne saken mot at Kortmann unngikk bostedskravet. Videre gav domstolen anvisning på to kumulative vilkår som må oppfylles for at medlemsstaten kan iverksette tiltak: For det første må det foreligge et *objektivt* vilkår, herunder at tjenesten «helt eller fortrinsvist» er rettet mot den medlemsstaten hvis lovgivning blir omgått. For det andre må det foreligge et *subjektivt* vilkår, herunder at tjenestefriheten utnyttes «med sigte på» å unndra seg regler som ellers ville vært gjeldende. Ut fra det subjektive kriteriet kan det utledes at det ikke er omgåelse av nasjonal lovgivning som i seg selv utgjør misbruk av tjenestefriheten, men at friheten bevisst brukes for å unndra faglige regler som ellers vil være gjeldende.

Kortmann sin tjeneste var helt rettet mot Nederland, og det var det nederlandske bostedskravet som ble omgått. Omgåelsen av det nasjonale bostedskravet ved bruk av tjenestefriheten ble imidlertid ikke ansett som misbruk, idet domstolen fant at det nederlandske bostedskravet ikke var proporsjonalt og at medlemsstaten kunne benytte mindre inngripende tiltak for å sikre kvalifikasjonskrav eller yrkesregulering.¹³⁶ Det kan derfor tenkes at resultatet kunne ha blitt annerledes dersom kravet om bosted var proporsjonalt.

Det objektive og subjektive kravet slik EU-domstolen formulerte det i *van Binsbergen* kan synes å etterlate et vidt rom for hva som faller innenfor misbruksbegrepet. Dommen ble imidlertid etterfulgt av de såkalte ‘Greek Challenges’ sakene som nyanserte vurderingen.¹³⁷ EU-

¹³⁵ *van Binsbergen*, 33-74 avns. 13.

¹³⁶ *Ibid.* avsn. 15-16.

¹³⁷ Navnet på dommene er hentet fra Kroeze (2020) s. 226.

domstolen bekreftet at medlemsstatene kan «tage misbrug i betragtning som grundlag for i et konkret tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel» av EU-retten. Domstolen presiserte imidlertid at slik avvisning «ikke [må] være til hinder for fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning og ensartede anvendelse i medlemsstaterne». ¹³⁸ Misbruk som grunnlag for å nekte rettigheter, fikk med dette en mer *EU-rettslig* betydning hvor EU-domstolen startet utviklingen av et prinsipp om misbruk av rettigheter. ¹³⁹

4.1.3.2 Grensen mellom bruk og misbruk blir nærmere klarlagt

I *Centros* ble misbruk aktualisert i tilknytning til selskapsretten. ¹⁴⁰ Et engelskregistrert selskap ønsket å opprette en filial i Danmark, hvoretter danske myndigheter krevde at filialen måtte registreres i henhold til dansk lovgivning ettersom det var der filialen skulle ha sin virksomhet. Fordi selskapet var stiftet i England, fant EU-domstolen at det var der selskapet var hjemmehørende, slik at danske myndigheter ikke kunne stille krav til registrering i Danmark. Det ble imidlertid ikke utøvd noen virksomhet i England: Selskapet hadde hovedsete i Danmark, og var etablert av danske gründere som bevisst hadde registrert selskapet i England for å omgå dansk lovgivning om minstekrav til aksjekapital, fordi britisk lovgivning ikke oppstilte et tilsvarende krav. Danske myndigheter argumenterte for at dette utgjorde misbruk av etableringsfriheten. ¹⁴¹

Generaladvokat La Pergola uttalte i sin rådgivende uttalelse at «[g]anske vist er princippet om, at ”fællesskabsretten ikke kan gøres gældende med henblik på at muliggøre misbrug eller svig”, et fast princip i Domstolens praksis, og det hører til de almindelige fællesskabsretlige principper». ¹⁴² Men selv om det eksisterte et generelt prinsipp om at EU-retten ikke får anvendelse ved misbruk, pekte han på at «[e]n nærmere præcisering af princippet er (...) alt andet end let». ¹⁴³ Med henvisning til tidligere domspraksis tilknyttet prinsippet om misbruk uttalte han imidlertid at:

«der er tale om misbrug af en ret, når den af rettighedshaveren udøves på en fornuftsstridig måde og med henblik på, til skade for ande, at opnå ”uretmæssige

¹³⁸ *Diamantis*, C-373/97 avsn. 34; tilsvarende fortolkning også i *Patifis*, C-441/94, avsn. 68 og *Kefalas mfl.*, C-367/96 avsn. 22.

¹³⁹ Kroeze (2020) s. 242.

¹⁴⁰ *Centros*, C-212/97.

¹⁴¹ *Ibid.* avsn. 23.

¹⁴² Uttalelse fra Generaladvokat La Pergola i *Centros*, C-212/07 avsn. 20

¹⁴³ *Ibid.*

fordeler, som åpenbart faller uten for [det] formål", lovgiver forfølger ved at tillægge den enkelte en nærmere bestemt rettsstilling». ¹⁴⁴

Som nevnt er ikke EU-domstolen bundet av det som Generaladvokaten sier, men uttalelsen kan likevel gi et bidrag til forståelsen av Kommisjonens veiledning fra 2023, ved at misbruk innebærer at en rettighet utøves på en «fornuftsstridig måte» og «med henblik på [at oppnå]» urettmessige fordeler som faller utenfor formålet som EU-lovgiveren følger ved å gi rettigheter. ¹⁴⁵ Lest i sammenheng med definisjonen til Kommisjonen om at misbruk innebærer «adfærd, der alene har til formål at oppnå ret til fri bevegelse og ophold (...) hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med EU-bestemmelse», blir det tydeligere at det ikke lenger er tale om bruk av rettigheter, men misbruk, når rettighetene brukes på en fornuftsstridig måte for å oppnå en fordel som faller utenfor formålet som lovgiver forutsatte da rettigheten ble skapt. ¹⁴⁶ Sammenholdt med artikkel 35 sin fortale blir det også tydeligere at formålsstridig rettighetsutøvelse av en rettighet vil kunne utgjøre misbruk uavhengig av om det er tale om et proformaekteskap eller annet forhold.

Grensedragningen mellom misbruk og bruk av rettigheter blir enda tydeligere når generaladvokaten viser til den franske jurist Planiol sin berømte definisjon '*le droit cesse là où l'abus commence*' («retten opphører når misbruket begynner») og uttaler at definisjonen fremdeles er aktuell. ¹⁴⁷ Han uttaler at definisjonen viser hvordan problematikken med hensyn til misbruk løses ved å fastlegge det materielle innholdet av den enkeltes situasjon, og dermed omfanget av mulighetene som er tillagt den som kan utnytte dette. ¹⁴⁸ Synspunktet er at vurderingen av om det foreligger misbruk, er avhengig av en materiell avgrensning av selve rettigheten som er tillagt den enkelte person (enten juridisk eller fysisk) og dermed hva som vil være formålsstridig bruk av rettigheten og ikke. Hvorvidt omgåelsen av dansk lovgivning var misbruk eller bruk av etableringsretten i saken, var derfor avhengig av etableringsrettens formål, og om handlingen var innenfor eller utenfor formålet. Dertil påpekte La Pergola at:

«[d]enne frihed omfatter (...) med sikkerhed retten til at oprette selskaber i henhold til en medlemsstats lovgivning med henblik paa at drive virksomhed i den paagaeldende

¹⁴⁴ *Ibid.* med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Se kapittel 2.

¹⁴⁶ C/2023/1392 s. 71 med henvisning til *Emsland-Stärke*, C-110/99 avsn. 52 flg. og *Centros*, C-212/97 avsn. 25.

¹⁴⁷ Uttalelse fra Generaladvokat La Pergola i *Centros*, C-212/07 avsn. 20.

¹⁴⁸ *Ibid.*

stat paa samme vilkaar i en hvilken som helst anden medlemsstat. Sagt med andre ord har et nystiftet selskab ret til at etablere sig - primaert eller eventuelt ogsaa sekundaert - hvor som helst det maatte oenske inden for Faellesskabet.»¹⁴⁹

EU-domstolen synes å følge Generaladvokatens uttalelse i sin avgjørelse. I dommen gjentok domstolen utgangspunktet om at en medlemsstat har rett til å treffe tiltak for å hindre at statsborgerne misbruker EU-rettigheter for å unndra deres nasjonale lovgivning.¹⁵⁰ Domstolen fant imidlertid at de danske gründernes omgåelse av minstekravet ikke innebar misbruk av etableringsretten, siden retten til å opprette et selskap hvor som helst innenfor EU ligger i kjernen av etableringsretten.¹⁵¹ Det forelå derfor ikke formålsstridig bruk av etableringsretten. Dertil bemerket domstolen at det ikke hadde betydning at selskapsretten ikke er fullstendig harmonisert innenfor EU, og at Rådet på ethvert tidspunkt kan foreta en ytterligere harmonisering.¹⁵² Danske myndigheter kunne følgelig ikke nekte gründerne å registrere en filial av selskapet i Danmark.¹⁵³

Sammenlignes resultatet med det objektive og subjektive vilkåret for å fastlegge misbruk som ble etablert i *van Binsbergen*, kan resultatet fremstå som overraskende. For det første så var virksomheten «helt eller fortrinsvist» rettet mot Danmark, og det var dansk lovgivning om minstekravet til aksjeselskap som ble omgått. For det andre så ble etableringsretten utnyttet «med sigte på at unddrage sig» minstekravet til aksjeselskap. Dertil kan *Centros* tas til inntekt for en forståelse om at det avgjørende for om det foreligger misbruk eller ikke, er hvorvidt formålet med EU-rettigheten som benyttes blir oppfylt eller ikke. Grensen mellom legitim bruk og misbruk er altså avhengig av en materiell avgrensning av den aktuelle rettigheten som påstås misbrukt, ut fra hva som er formålet med rettigheten: Retten opphører når misbruket begynner.

4.1.3.3 Veien mot et generelt prinsipp om misbruk av rettigheter

EU-domstolen tok nok et viktig steg mot å anerkjenne et generelt EU-rettslig prinsipp om misbruk av rettigheter i *Emsland-Stärke*.¹⁵⁴ Saken ble anlagt av Bundesfinanzhof (den føderale finansdomstolen) om anvendelsen av EUs lovgivning om eksportrestitusjoner for

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Centros*, C-212/97, avsn. 24.

¹⁵¹ *Ibid.* avsn. 27.

¹⁵² *Centros*, C-212/97, avsn. 28.

¹⁵³ *Ibid.* avsn. 30.

¹⁵⁴ *Emsland-Stärke*, C-110/99.

landbruksprodukter. Spørsmålet var om selskapet Emsland-Stärke hadde rett til eksportrestitusjon for eksport av produkter fremstilt av potet- og hvetestivelse til Sveits.¹⁵⁵ Tildeling av eksportrestitusjon ble regulert i forordning nr. 2730/79, som ga næringsdrivende rett til eksportrestitusjon dersom det ble godtgjort at produktet oppfylte tollformalitetene for eksport innen 60 dager, og oppnådd bestemmelsesstedet i uforandret stand.

Mellom april og juni 1987 eksporterte Emsland-Stärke potetstivelse til Sveits, hvoretter eksportrefusjon ble utbetalt. Under etterfølgende kontroller som ble utført av de tyske tollmyndighetene, viste det seg at eksportforsendelsen var blitt transportert tilbake til Tyskland i samme stand og med samme transportmiddel – uten at de var overgått til fri omsetning i Sveits med de gjeldende importavgiftene. Også for hvetestivelse som ble overgått til fri omsetning i Sveits hvorpå Emsland-Stärke fikk utbetalt eksportrefusjon, viste det seg at produktet var blitt transportert til Italia uten en ny ekstern transitteringsprosedyre. Vedtakene om eksportrestitusjon for sendingene ble opphevet, samtidig som tollvesenet krevde tilbakebetaling av pengene.¹⁵⁶ Emsland-Stärke argumenterte for at tollvesenet ikke hadde rett til å kreve tilbakebetaling, fordi alle varene var overgått til fri omsetning i Sveits. Mot denne bakgrunn oppstod spørsmålet om selskapets handlemåte utgjorde misbruk av EU-retten, og derfor kunne legitimere kravet på tilbakebetaling.

EU-domstolen uttalte at vilkårene for eksportrestitusjoner var oppfylt, men pekte på at EUs forordninger ikke kan utvides til å omfatte «retsstridige» transaksjoner.¹⁵⁷ Deretter formulerte EU-domstolen en test for å vurdere om det foreligger misbruk: For det første må det foreligge «et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt» (den objektive testen).¹⁵⁸ For det andre kreves det «ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel» (den subjektive testen).¹⁵⁹ Dette kan godtgjøres «ved bevis for en hemmelig aftale mellem eksportøren i Fællesskabet, der drager fordel af restitutionen, og importøren af varerne i tredjelandet».¹⁶⁰ EU-domstolen synes her implisitt å akseptere at

¹⁵⁵ *Ibid.* avsn. 2.

¹⁵⁶ *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 7-12.

¹⁵⁷ *Ibid.* avsn. 51.

¹⁵⁸ *Ibid.* avsn. 52.

¹⁵⁹ *Ibid.* avsn. 53.

¹⁶⁰ *Ibid.*

subjektiv hensikt kan etableres med grunnlag i objektive holdepunkter, dersom rettighetshaveren ikke erkjenner hensikten om å oppnå en fordel fra EU-retten.¹⁶¹

EU-domstolen fastslo videre at vurderingen av om testen er oppfylt (altså at det foreligger et objektiv og subjektivt element) tilkommer den nasjonale domstol å fastslå og det skal føres bevis i overensstemmelse med nasjonale rettsregler under den forutsetning at EU-retten effektivitet ikke begrenses.¹⁶² Ved å bygge videre på ‘Greek-Challenges’ sakene og *Centros*, etablerte EU-domstolen følgelig et EU-rettslig prinsipp om misbruk av rettigheter, som fastlegges etter en kumulativ test basert på objektive og subjektive omstendigheter.¹⁶³

Den kumulative testen som EU-domstolen etablerte i *Emsland-Stärke* har blitt anvendt også på andre områder innenfor EU-retten og derfor utvidet dens anvendelsesområde. En dom som framheves og anses som sentral i utviklingen er *Halifax*.¹⁶⁴ Saken reiste spørsmål om fortolkningen av direktiv 77/388/EF (sjette avgiftsdirektiv) om harmonisering av medlemsstatenes lovgivning om omsetningsavgift.¹⁶⁵ Halifax var en bank der størsteparten av ytelsene var finansielle tjenesteytelser som var fritatt for avgift etter sjette avgiftsdirektiv. Da selskapet etablerte nye kundesentre kunne Halifax ifølge direktivets artikkel 17 nr. 5 få 5 % av momsen på byggeomkostningene tilbakebetalt. Bankens skatterådgivere utformet imidlertid en ordning som innebar at Halifax ved hjelp av en rekke transaksjoner, som involverte forskjellige selskap i Halifax-konsernet, i realiteten kunne få tilbakebetalt hele den inngående momsen på byggeomkostningene.¹⁶⁶ Kravet om tilbakebetaling på momsen ble imidlertid avslått, blant annet med påstand om at transaksjoner som utelukkende gjennomføres med henblikk på momsunddragelse utgjør misbruk av rettigheter. Mot denne bakgrunn tok EU-domstolen stilling til om sjette avgiftsdirektiv måtte tolkes slik at det ikke gir avgiftspliktige personer rett til å fratrekke inngående moms dersom transaksjonene som gir rettigheten utgjør misbruk.¹⁶⁷

EU-domstolen uttalte at det følger av «fast retspraksis» at EU-retten ikke kan gjøres gjeldende med henblikk på å muliggjøre bedrageri eller misbruk, og at «[d]ette princip om forbud mod

¹⁶¹ Lenaerts (2010) s. 1134 med videre henvisninger; Testen som ble etablert i *Emsland-Stärke* er blitt kritisert. For en utførlig behandling av dette, se blant annet Arnall (2011) s. 23 og Snell (2011) s. 223 flg.

¹⁶² *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 54.

¹⁶³ Kroeze (2020) s. 243; Lenaerts (2010) s. 1135.

¹⁶⁴ *Halifax*, C-255/02; Dommen framheves som sentral i blant annet de La Feria (2011) s. xv; Kroeze (2020) s. 243; Lenaerts (2010) s. 1135.

¹⁶⁵ Direktivet er opphevet og erstattet av direktiv 2006/112/EF (merverdiavgiftsdirektivet).

¹⁶⁶ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Poiares Maduro i *Halifax*, C-255/02, avsn. 11.

¹⁶⁷ *Halifax*, C-255/02 avsn. 61.

misbruk finder også anvendelse på momsområdet». ¹⁶⁸ Bekjempelse av misbruk ble derfor anerkjent som et prinsipp, og anerkjent også i sjette direktiv. ¹⁶⁹ EU-domstolen viste deretter til den kumulative testen som var etablert i *Emsland-Stärke*. Konstatering av at det foreligger misbruk på momsområdet krevde for det første at «de omhandlede transaksjoner – selv om de betingelser formelt er overholdt (...) ville innebære, at der blev opnået en afgiftsfordel, som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele» (den objektive testen). ¹⁷⁰ For det andre måtte det «fremgå af en samlet række objektive omstændigheder, at hovedformålet med de omhandlede transaksjoner er opnåelsen af en afgiftsfordel» (den subjektive testen). ¹⁷¹ Videre ble det presisert at «forbuddet mod misbruk [mister] sin relevans, når det kan være en anden begrunnelse for de omhandlede transaksjoner end blot at opnå afgiftsfordele». ¹⁷² EU-domstolen raffinerte med dette den subjektive testen som ble oppstilt i *Emsland-Stärke* ved å objektivisere kravet, og uttrykkelig aksepterte at subjektiv hensikt kan etableres med grunnlag i objektive holdepunkter. I tillegg ble det presisert at å oppnå en avgiftsfordel måtte være «hovedformålet» med transaksjonene, der misbruk ikke er aktuelt når det kan være andre begrunnelser enn å oppnå en avgiftsfordel. ¹⁷³ Hvorfor *Halifax* er en viktig sak i utviklingen av misbrukslæren er følgelig todelt: For det første generaliserer EU-domstolen misbrukslæren ved at den får anvendelse også på andre EU-rettslige områder. For det andre utvikles misbrukslæren ved at det subjektive kriteriet i den todelte testen blir raffinert. ¹⁷⁴

Halifax representerte kulmineringen av en lang prosess der EU-domstolen for første gang refererte til et «prinsipp om forbud mod misbruk». ¹⁷⁵ Drøftelsen over har vist prosessen fra at EU-domstolen anerkjente misbruk som en legitim begrensning på EU-rettslige rettigheter (*van Binsbergen*) for deretter å etablere en klarere grense mellom bruk og misbruk av rettigheter (*Centros*) og en egen test for vurderingen (*Emsland-Stärke*) som anvendes på flere rettsområder i EU (f.eks. *Halifax*). Utviklingen trekker i retning av at det eksisterer et generelt EU-rettslig prinsipp om misbruk av rettigheter, som er bekreftet etter *VK m.fl.* ¹⁷⁶

¹⁶⁸ *Ibid.* 68 og 70.

¹⁶⁹ *Ibid.* avsn. 71.

¹⁷⁰ *Ibid.* avsn. 74.

¹⁷¹ *Ibid.* avsn. 75.

¹⁷² *Ibid.* avsn. 75.

¹⁷³ Se mer om skillet mellom krav om «hovedformål» og «eneste formål» i kapittel 4.2.

¹⁷⁴ Lenaerts (2010) s. 1136.

¹⁷⁵ de La Feria (2011) s. xv.

¹⁷⁶ *VK m.fl.*, forente saker C-47/21 og C-232/21.

I *VK m.fl.* ble det reist spørsmål om en långiver kan reise innsigelse om at en forbruker misbruker angretten som er fastsatt i direktiv 2008/48/EF artikkel 14 (forbrukerkredittdirektivet).¹⁷⁷ Domstolen bemerket at «[forbrukerkredittdirektivet] ikke inneholder bestemmelser, der regulerer spørsmålet om forbrukerens misbruk af de rettigheder, som vedkommende er tildelt ved dette direktiv». ¹⁷⁸ Dette til tross uttalte domstolen at det i EU-retten «findes et *almindeligt retsprincip* om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug» [uthevet her].¹⁷⁹ Dertil påhviler det EU-borgerne å overholde prinsippet, slik at EU-retten ikke kan utvides til å misbruk eller bedrageri.¹⁸⁰ Den fant videre at:

«Det følger således af dette princip, at en medlemsstat skal afvise at indrømme fordelene i EU-retlige bestemmelser, selv om der ikke findes bestemmelser i national ret, som foreskriver en sådan nægtelse, såfremt disse fordele ikke er blevet påberåbt af en person med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmelser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, som er indrømmet denne person, selv om de objektive betingelser for indrømmelse af denne fordel, der er fastsat i EU-retten, alene er opfyldt formelt». ¹⁸¹

Det EU-domstolen uttaler her er altså at det finnes et generelt EU-rettslig prinsipp om at EU-retten ikke kommer til anvendelse ved bedrageri eller misbruk, og at denne retten gjelder uavhengig av om det finnes en bestemmelse i nasjonal rett som gir en slik nektelse eller ikke.

4.1.3.4 Prinsippet om misbruks utvikling med henblikk på fri bevegelighet for personer

Frem til nå har jeg analysert EU-domstolens utvikling av det generelle prinsippet om misbruk på andre rettsområder enn retten til fri bevegelighet for personer. I det følgende vil jeg derfor vende blikket mot hvordan prinsippet har utviklet seg på området for retten til fri bevegelighet for personer, og hvorvidt dette kan gi ytterligere tolkningsbidrag til artikkel 35.

¹⁷⁷ *Ibid.* avsn. 273.

¹⁷⁸ *Ibid.* 280.

¹⁷⁹ *Ibid.* avsn. 281.

¹⁸⁰ *Ibid.* avsn. 282.

¹⁸¹ *VK m.fl.*, forente saker C-47/21 og C-232/21, avsn. 283.

Det underliggende spørsmålet i unionsborgerdirektivet artikkel 35 (altså misbruk av retten til fri bevegelighet og opphold) ble reist for første gang i *Surinder Singh* i 1992.¹⁸² Saken gjaldt en britisk kvinne som returnerte til Storbritannia, etter å ha arbeidet og oppholdt seg i Tyskland sammen med sin ektemann som var indisk statsborger. Mot denne bakgrunn ble EU-domstolen forelagt følgende spørsmål: Dersom en gift kvinne har utøvet sine rettigheter etter EU-retten som migrerende arbeidstaker og returnerer til hjemstaten, har ektefellen (som ikke er EU-borger) da krav på innreise og opphold i hjemstaten med sin kone?

Britiske myndigheter fremholdt at EU-rettens bestemmelser om familiegjenforening ikke kunne gjøres gjeldende ovenfor en EU-borger som returnerer til hjemlandet etter å ha oppholdt seg i en annen vertsstat, og viste til at det ville medføre en større risiko for «misbruk, der er knyttet til proformaægteskaber».¹⁸³ EU-domstolen fant imidlertid at EU-retten måtte få anvendelse også overfor statsborgere som returnerer til hjemlandet etter å ha oppholdt seg i en annen medlemsstat.¹⁸⁴ Domstolen kom også til at vedkommendes ektefelle må gis samme rett til innreise og opphold som han eller hun hadde hatt dersom ektefellen hadde utøvd retten til fri bevegelighet i vertsstaten.¹⁸⁵ EU-borgerens ektefelle kunne derfor reise inn i Storbritannia og oppholde seg der i egenskap av å være ektefellen til en EU-borger som har utøvet retten til fri bevegelighet. Når det gjaldt risikoen for misbruk, uttalte EU-domstolen med henvisning til domstolens faste praksis at «personer, der er omfattet af traktathjemlede rettigheder, ikke kan påberåpe sig disse med henblik på at uretmæssigt at unddrage sig en anvendelse af national lovgivning, ligesom disse rettigheder ikke er til hinder for, at medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger til at forhindre misbrug af denne art».¹⁸⁶ Det er på det rene at «misbruk» her siktet til det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter. I saken kom imidlertid ikke spørsmålet om det forelå misbruk på spissen, slik at domstolen ikke gikk nærmere inn på hva som ligger i definisjonsspørsmålet.

I *Akrich* forsøkte EU-domstolen å klargjøre innholdet i den siterte uttalelsen fra *Surinder Singh*.¹⁸⁷ Saken gjaldt et ektepar bestående av en britisk statsborger og en tredjelandsborger som søkte om innreise i Storbritannia på grunnlag av *Singh*-dommen. Dette fordi dommen gav

¹⁸² *Surinder Singh*, C-379/90; I samme retning Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 308.

¹⁸³ *Ibid.* avsn. 14.

¹⁸⁴ *Ibid.* avsn. 23.

¹⁸⁵ *Ibid.* avsn. 23.

¹⁸⁶ *Ibid.* avsn. 24.

¹⁸⁷ *Akrich*, C-109/01.

ektefellen til en EU-borger (som ikke er EU-borger) rett til å reise inn i Storbritannia, i egenskap av å være ektefellen til en EU-borger som har utøvet retten til fri bevegelighet.¹⁸⁸ Paret hadde bevisst reist til Irland for deretter å kunne påberope *Singh*-dommen ved retur til Storbritannia, slik at ektefellen som var tredjelandsborger kunne få oppholdstillatelse deretter. Mot denne bakgrunn reise britiske myndigheter spørsmål om hvilken betydning *Singh*-dommens uttalelse om risikoen for misbruk hadde for saken.¹⁸⁹ EU-domstolen uttalte gjengitt i heltekst at:

«Hvad angår spørsmålet om misbrug, der er nævnt i Singh-dommens præmis 24, bemærkes, at de bevæggrunde, der har ført en medlemsstats arbejdstager til at søge arbejde i en anden medlemsstat, er uden betydning for hans ret til indrejse i og ophold på sidstnævnte stats område, såfremt den pågældende udøver eller ønsker at udøve en faktisk og reel beskæftigelse (...)

Sådanne bevæggrunde er heller ikke relevante for at bedømme parrets retlige stilling på tidspunktet for deres tilbagevenden til den medlemsstat, hvori arbejdstageren er statsborger. En sådan adfærd udgør ikke misbrug som omhandlet i Singh-dommens præmis 24, selv om ægtefællen ikke havde ret til ophold i den medlemsstat, hvor arbejdstageren har bopæl på det tidspunkt, hvor parret etablerer sig i en anden medlemsstat.

Derimod kunne der foreligge misbrug, hvis de muligheder, som i medfør af fællesskabsretten er skabt for vandrende arbejdstagere og deres ægtefæller, blev påberåbt under dække af proformaægteskaber, der er indgået for at omgå bestemmelserne vedrørende tredjelandsstatsborgeres indrejse og ophold».¹⁹⁰

EU-domstolen uttaler her at en EU-borgers formål med å søke arbeid i en annen medlemsstat er uten betydning for vedkommendes rett til innreise og opphold i vertsstaten, forutsatt at vedkommende utøver faktisk arbeid. Formålet med å reise til en annen medlemsstat er heller ikke relevant for å bedømme parets rettslige stilling på tidspunktet når de reiser tilbake til unionsborgerens hjemstat. Det er bare tale om misbruk dersom retten til familiegjenforening påberopes under dekke av proformaekteskap for å omgå bestemmelsene som gjelder tredjelandsborgerens innreise og opphold. EU-domstolens uttalelse sammenfaller med

¹⁸⁸ *Ibid.* avsn. 26 og 36.

¹⁸⁹ *Ibid.* avsn. 44 og 45.

¹⁹⁰ *Ibid.* avsn. 55-57.

utgangspunktet som ble oppstilt i *Centros*, herunder at grensen mellom legitim bruk og misbruk er avhengig av en materiell avgrensning av den aktuelle rettigheten som påstås misbrukt, ut fra hva som er formålet med rettigheten.¹⁹¹ *Akrich* gjør derfor klart at det ikke foreligger misbruk (og derfor ikke et proformaekteskap) når en EU-borger bevisst reiser til en annen medlemsstat for å kunne gjenforenes med sin ektefelle som er tredjelandetsborger etter de mer fordelaktige EU-reglene.

Det sentrale spørsmålet i *Akrich* var imidlertid om ektefellen som var tredjelandetsborger kunne oppnå familiegjenforening med sin ektefelle når han ikke hadde lovlig opphold i en medlemsstat. EU-domstolen konkluderte med at det var et krav om at ektefellen måtte ha lovlig opphold i en medlemsstat for å kunne påberope retten til familiegjenforening.¹⁹² Kravet om at ektefellen må ha lovlig opphold i en medlemsstat for å kunne påberope retten til familiegjenforening ble imidlertid opphevet i *Metock*.¹⁹³

Den neste dommen hvor misbruk av retten til fri bevegelse av personer ble aktualisert, var i *Chen*.¹⁹⁴ Catherine Zhu var et spedbarn, som ble født i Nord-Irland. Foreldrene hennes var kinesiske og arbeidet i Wales. Moren til Catherine, Man Lavette Chen, hadde bevisst valgt å føde i Nord-Irland, ettersom irsk lovgivning bestemte at enhver person født i Irland automatisk hadde krav på irsk statsborgerskap. Hensikten var å bruke det irske statsborgerskapet til Catherine – og derfor hennes status som EU-borger – for å oppnå en avledet rett til permanent oppholdstillatelse i Wales.¹⁹⁵ Med henvisning til *Centros* anførte britiske myndigheter at medlemsstatene i medhold av «prinsippet om misbruk af rettigheder» kan hindre at personer misbruker EU-rettslige bestemmelser eller omgår nasjonal lovgivning.¹⁹⁶ Myndighetene fremholdt at å bevisst føde et barn i et vertsland som automatisk gir rett til landets statsborgerskap, i motsetning til hjemstaten, utgjorde misbruk av EU-retten. EU-domstolen avviste imidlertid anførselen, med henvisning til at det er medlemsstaten som selv har kompetansen til å bestemme ervervelse og tap av statsborgerskap.¹⁹⁷ Chens valg om å føde i Nord-Irland var derfor uten betydning for saken, i tillegg til at det ikke utgjorde misbruk av EU-retten at hun skapte en situasjon for å kunne benytte seg av EU-retten.

¹⁹¹ Se kapittel 4.1.4.2.

¹⁹² *Akrich*, C-109/01, avsn. 61.

¹⁹³ *Metock*, C-127/08. EU-domstolens dom i *Metock* ble møtt med kritikk, se f.eks. Faull (2011) s. 291 flg.

¹⁹⁴ *Chen*, C-200/02.

¹⁹⁵ *Ibid.* avsn. 11.

¹⁹⁶ *Ibid.* avsn. 34.

¹⁹⁷ *Ibid.* avsn. 35-39.

4.1.3.5 EU-domstolens praksis etter kodifiseringen i artikkel 35

Unionsborgerdirektivet artikkel 35 omtales som en kodifisering av det generelle EU-rettslige prinsippet om misbruk av rettigheter.¹⁹⁸ Det foreligger imidlertid lite praksis fra EU-domstolen med hensyn til hvordan «misbruk» skal forstås med henblikk på retten til fri bevegelighet og opphold slik de følger av unionsborgerdirektivet og på bakgrunn av prinsippets kodifisering i direktivets artikkel 35. Er det slik at prinsippet skal overføres og anvendes på samme måte også innenfor direktivet, eller fer det grunn til å fortolke artikkel 35 annerledes?

Den eneste dommen der artikkel 35 er fortolket – og ikke bare nevnt – av EU-domstolen, er *McCarthy II*.¹⁹⁹ Storbritannia hadde innført et krav om at familiemedlemmer som var tredjelandsborgere med oppholdskort i en annen medlemsstat, måtte søke om «EØS-familietillatelse» for å reise inn i landets territorium. Kravet om EØS-familietillatelse bygde på generalpreventive formål, og Storbritannia fremholdt at denne begrensningen på retten til familiegjenforening for tredjelandsborgere var legitim. Storbritannia viste til at det var et «systematisk problem» med misbruk av rettigheter og bedrageri begått av statsborgere fra tredjeland, som for eksempel ved falske oppholdskort og proformaekteskap.²⁰⁰ EU-domstolen fant imidlertid at en medlemsstat ikke kan nekte en unionsborgers familiemedlem som er tredjelandsborger, og som er innehaver av et gyldig oppholdskort, retten til reise på sitt område uten at det er foretatt en individuell vurdering.²⁰¹

Dersom dette skal være mulig, må det være «på grund af de konkrete forhold i den enkelte sag er tvivl om ægtheden af dette kort og rigtigheden af de oplysninger, der fremgår heraf, som gør det muligt at konkludere, at der foreligger misbrug af rettigheder eller svig».²⁰² Ut fra dommen utledes det en klar retningslinje om at artikkel 35 skal fortolkes slik at den ikke tillater at en medlemsstat iverksetter tiltak med generalpreventive formål. Det må også foretas en individuell vurdering i den enkelte sak.

Det er imidlertid aktuelt å gå nærmere inn på EU-domstolens argumentasjon i dommen sammenlignet med Generaladvokat Maciej Szpunar sin rådgivende uttalelse, med henblikk på hvordan EU-domstolen fortolker artikkel 35 i forhold til det generelle prinsippet om misbruk.

¹⁹⁸ Se blant annet Ziegler (2011) s. 295 og Evans (2020) s. 303 med videre henvisninger.

¹⁹⁹ *McCarthy II*, C-202/13.

²⁰⁰ *Ibid.* avsn. 26-27.

²⁰¹ *Ibid.* avsn. 46.

²⁰² *Ibid.* avsn. 53.

Szpunar presiserte i sin rådgivende uttalelse at begrepet «misbrug af rettigheder» er et anerkjent begrep i de fleste medlemsstater, og at begrepets funksjon forutsetter at misbrukeren er rettighetsinnehaveren.²⁰³ Ettersom det er unionsborgere og deres familiemedlemmer som tilkjennes rettigheter etter direktivet, tilsier det at de er rettssubjektene som kan tenkes å misbruke rettigheter. Videre viste han til at begrepet «misbrug af rettigheder» utgjør et selvstendig begrep i EU-retten, og gjentok vurderingskriteriene som følger av *Emsland-Stärke* med henvisning til dommen.²⁰⁴ I tilknytning til misbruksbegrepet slik det følger av unionsborgerdirektivet artikkel 35, viste han til hva Kommisjonen mener er misbruk av rettigheter, som er:

«en kunstig adfærd, der alene har til formål at opnå ret til fri bevægelighed og ophold i henhold til EU-retten, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med de EU-retlige bestemmelser, om end de betingelser, der er fastsat i disse bestemmelser, formelt er opfyldt.»²⁰⁵

Etter min forståelse fremstår det ikke som om det er noe realitetsforskjell mellom det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter slik det er definert i EU-domstolens rettspraksis, og hva Kommisjonen mener ligger i misbruk av artikkel 35. Slik jeg tolker det, synes Kommisjonen bare å ha presisert at den fordelen som rettighetshaveren ønsker å oppnå i direktivets sammenheng er retten til fri bevegelse og opphold, og at dette skal være det eneste («alene») formålet med atferden. Jeg har imidlertid ikke funnet noen som har berørt temaet i litteraturen når det gjelder en eventuell distinksjon mellom prinsippet som sådan og misbruksbegrepet slik det er kodifisert i artikkel 35.

Omstendigheten at Szpunar må vise til hva Kommisjonen mener ligger i misbruk slik det følger av artikkel 35, understreker at det ikke foreligger et prejudikat med hensyn til hvordan artikkel 35 skal forstås i forhold til det generelle prinsippet om misbruk. Generaladvokaten kommer imidlertid ikke med noe forslag til en annen fortolkning av artikkel 35 enn det som følger av Kommisjonens veiledning.

²⁰³ Uttalelse fra Generaladvokat Szpunar i *McCarthy II*, C-202/13, avsn. 108.

²⁰⁴ *Ibid.* avsn. 112.

²⁰⁵ *Ibid.* avsn. 113 med henvisning til KOM (2009) 313 endelig, s. 15 og 16.

I EU-domstolens dom i saken viste EU-domstolen hverken til Kommissjonens retningslinjer eller direkte til *Emsland-Stärke*. For å presisere innholdet i artikkel 35 for første gang, henviste den heller til *Ungarn mot Slovakia* og *O og B*.²⁰⁶ Den førstnevnte saken gjaldt en sak der Ungarns president hadde blitt nektet innreise i Slovakia, hvorefter Ungarn påstod at Slovakia hadde «misbrukt» unionsborgerdirektivet for å forfølge politiske mål. EU-domstolen gjorde det imidlertid klart at dette ikke var tilfellet, og forkastet påstanden som ugrunnet.²⁰⁷ Det kan derfor fremstå overraskende at EU-domstolen henviste til en dom som så vidt berørte det generelle prinsippet om misbruk, fremfor å vise til fortalen og Kommissjonens veiledning som angår artikkel 35 direkte og utvikle misbruksbegrepets innhold i artikkel 35. Det samme gjelder for den andre dommen EU-domstolen viste til, herunder *O og B*. Denne dommen ble også vurdert med grunnlag i det generelle prinsippet fremfor unionsborgerdirektivet artikkel 35. I dommen nevner EU-domstolen kort at «anvendelsesområdet for EU-rettlige regler ikke kan utvides til at dekke en praksis, som utgjør misbruk» uten å ta nærmere stilling til misbrukslærens betydning i den konkrete saken.²⁰⁸ Den omstendighet at EU-domstolen viser til tilfeldige dommer der misbrukslæren nevnes fremfor å ta selvstendig stilling til artikkel 35, kan tilsi at EU-domstolen anser bestemmelsen som en direkte kodifisering av prinsippet uten at den har noe selvstendig innhold som går ut over det som allerede er etablert. Samtidig kan det også tenkes at EU-domstolen fremdeles ikke har vært i en situasjon hvor det kan være aktuelt å nyansere artikkel 35 i forhold til det generelle prinsippet.

4.1.4 Forholdet til andre unntak av direktivets rettigheter

Ettersom artikkel 35 utgjør et unntak fra rettighetene i direktivet, er det naturlig og nødvendig å fortolke bestemmelsen i lys av andre unntak som en del av bestemmelsens kontekst. Som tidligere sagt er ikke artikkel 35 den eneste hjemmelen som gir medlemsstatene adgang til å begrense direktivets rettigheter.²⁰⁹ I dette kapitlet (4.1.4) skal jeg derfor redegjøre for de andre unntakene som gir medlemsstatene hjemmel til å hindre eller begrense EU-borgere og deres familiemedlemmer fra å nyte rettighetene som følger av direktivet og om disse kan gi selvstendige bidrag til forståelsen av artikkel 35.

²⁰⁶ *Ungarn mot Slovakia*, C-364/10 og *O. og B.*, C-456/12.

²⁰⁷ *Ungarn mot Slovakia*, C-364/10, avsn. 5-7, 9, 53, 56-61.

²⁰⁸ *O. og B.*, C-456/12, avsn. 58 med henvisning til blant annet *Emsland-Stärke*, C-110/99 avsn. 51 og *Ungarn mot Slovakia*, C-364/10, avsn. 58.

²⁰⁹ Se kapittel 3.3.5.

4.1.4.1 Utgangspunktet for vurderingen

Unntakene som begrenser retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse er plassert i direktivets kapittel VI. Til tross for at artikkel 35 ikke er plassert i samme kapittel som disse begrensningene, skal tiltak etter artikkel 35 stå i forhold til og være underlagt garantiene for rett saksbehandling fastsatt i kapittel VI artikkel 30 og 31.²¹⁰ Dertil synes EU-domstolen å ha sidestilt artikkel 35 med de øvrige begrensningene, da den i *Metock* uttalte at medlemsstatene kan begrense direktivets rettigheter under henvisning til «den offentlige orden, den offentlige sikkerhet eller den offentlige sundhed» og «i henhold til artikkel 35 i direktiv 2004/38 [...] når der er tale om misbruk af rettigheder eller svig».²¹¹ EU-domstolen sin uttalelse er ikke overraskende, idet begrensninger av direktivets rettigheter kan være en alvorlig belastning for personene som er berørt. For eksempel må tiltak som utsendelse underlegges den samme strenge vurderingen uavhengig av om vedkommendes rettigheter begrenses grunnet hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller helse eller misbruk. Dessuten har bestemmelsene samme formål: Å gi medlemsstatene mulighet til å kontrollere retten til innreise til, utreise fra eller opphold i sitt eget territorium. Unntak med grunnlag i artikkel 35 må derfor presumeres å tolkes på samme måte som de andre unntakene.

4.1.4.2 Begrensninger av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse

Unionsborgerdirektivet artikkel 27 første ledd angir det generelle prinsippet om at retten til fri bevegelse for personer kan begrenses av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse.²¹² Bestemmelsen gjelder «[m]ed forbehold af bestemmelserne i dette kapitel» som innebærer at begrensningene må leses i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i kapittel VI. Ettersom artikkel 27 (1) gjentar TEUV artikkel 45 (3) i tillegg til at den opphever og erstatter direktiv 64/221 må den leses i lys av EU-domstolens rettspraksis knyttet til disse.

I tilknytning til vurderingen av om rettigheter kan begrenses, har EU-domstolen etablert grunnleggende utgangspunkter som må følges. Disse må anses å gjelde også for unntaksbestemmelsene i direktivet.²¹³ Jeg vil presentere EU-domstolens utgangspunkt i det følgende, i tillegg til de som uttrykkelig følger av kapittel VI.

²¹⁰ Artikkel 35 er plassert i unionsborgerdirektivet kapittel VII *Afsluttende bestemmelser*.

²¹¹ *Metock*, C-127/08, avsn. 74-75.

²¹² Den første setningen i artikkel 27 (1) reflekterer TEUV artikkel 45 nr. 3 om begrensninger av retten til fri bevegelse for arbeidstakere, og er det materielle innholdet i TEUV artikkel 21 (1) sin henvisning til at unionsborgeres rett til fri bevegelse og opphold gjelder med «de begrensninger» som er fastsatt i traktatene og i «gjennomførelsesbestemmelserne» se Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 258.

²¹³ For en mer utførlig fremstilling av unntak, se Barnard (2022) s. 471-512.

For det første følger det som nevnt av fast praksis fra EU-domstolen at hovedregler eller grunnleggende utgangspunkter skal tolkes vidt, mens unntak skal fortolkes snevert.²¹⁴ EU-domstolen har uttrykt at unntak skal fortolkes snevert «således at generelle regler ikke udhules for deres indhold».²¹⁵ I forlengelsen av dette har EU-domstolen i *Orfanopoulos* uttrykt at unntak «skal fortolkes særdeles strengt» når en person har status som unionsborger.²¹⁶ Begrensninger både av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet, helse eller ved misbruk av rettigheter må derfor tolkes innskrenkende.

For det andre må unntakene fortolkes med forbehold om generelle prinsipper, særlig proporsjonalitetsprinsippet²¹⁷ og grunnleggende menneskerettigheter.²¹⁸ Det første følger uttrykkelig av artikkel 27 (2), hvor det angis at tiltak truffet av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet skal være i overenstemmelse med «proportionalitetsprinsippet» i tillegg til at tiltaket «udelukkende» kan begrunnes i vedkommendes personlige atferd. I tillegg må den personlige atferden utgjøre en «reel, umiddelbar og tilstrækkelig alvorlig trussel» som berører «grundlæggende samfundsinteresse». Artikkel 27 avgrensner derfor mot begrunnelser som ikke angår den individuelle saken eller som har generell preventiv karakter.²¹⁹

For det tredje er unntakene uttømmende, som innebærer at artikkel 27 (1) ikke kan utvides til å legitimere unntak med andre hensyn enn offentlig orden, offentlig sikkerhet og helse.²²⁰ Det er til forskjell fra artikkel 35 som bruker formuleringen «f.eks.», som åpner for at bestemmelsen kan omfatte andre former for misbruk enn proformaekteskap. Med dette henseende kan det tenkes at artikkel 35 er en «sikkerhetsventil» som fanger opp de tilfellene der som ikke omfattes av artikkel 27, og derfor er plassert i et eget kapittel lydende «afsluttende bestemmelser».

For det fjerde kan ikke unntak begrunnes i økonomiske formål.²²¹ Dette følger uttrykkelig av artikkel 27 (1), hvor det angis at det ikke må legges «økonomiske betraktninger» til grunn for vurderingen. Det er videre den saksøkte medlemsstaten som har bevisbyrden for at det

²¹⁴ Se f.eks. *van Duyn*, sak 41-74, avsn. 18; *Bonsignore*, sak 67-74, avsn. 6; *Orfanopoulos*, forente saker C-482/01 og C-493/01 avsn. 64 som henviser til i kapittel 3.3.5.

²¹⁵ *Kommisjonen mot Storbritannia*, C-346/08, avsn. 39.

²¹⁶ *Orfanopoulos*, forente saker C-482/01 og C-493/01, avsn. 65 med henvisning til *Grzelczyk*, C-184/99.

²¹⁷ Se f.eks. *Ministre de l'Intérieur mot Olazabal*, C-100/01, avsn. 43.

²¹⁸ Barnard (2022) s. 472.

²¹⁹ Unionsborgerdirektivet artikkel 27 (2) andre ledd siste punktum; Det samme har EU-domstolen lagt til grunn for direktivets artikkel 35 i *McCarthy II*, C-202/13, se kapittel 4.1.3.

²²⁰ Se f.eks. *Federación de Distribuidores Cinematográficos v Estado Español and Unión de Productores de Cine y Televisión*, sak C-17/92, avsn. 20.

²²¹ Se f.eks. *Attanasio Group Srl v Comune di Carbognano*, C-384/08, avsn. 55.

foreligger tilstrekkelig grunnlag for å gjøre unntak fra direktivets rettigheter.²²² Det kreves her at medlemsstatene fremlegger «præcist» bevis som underbygger unntaket.²²³ Ifølge veiledningen fra 2023 har Kommisjonen for sin del videre uttalt at unntakene ikke er en forutsetning for å oppnå og bevare retten til innreise og opphold. De gir utelukkende mulighet for – når det er berettiget – å begrense utøvelsen av en rettighet som følger av direktivet.²²⁴

4.1.4.3 Betydningen forståelsen av de andre unntakene har for artikkel 35

I kapittel 4.1.4.2 har jeg gjort rede for generelle utgangspunktene som må legges til grunn ved en medlemsstats vurdering av om det kan gjøres unntak fra rettigheter. Som redegjort for innledningsvis må disse gjelde analogt også for artikkel 35 (foruten at bestemmelsen ikke er uttømmende med hensyn til proformaekteskap). Dette innebærer at artikkel 35 må fortolkes innskrenkende og med forbehold om generelle prinsipper, særlig proporsjonalitetsprinsippet og grunnleggende menneskerettigheter. Videre må tiltak begrunnes i rettighetshaverens misbruk, og det ikke kan begrunnes i økonomiske formål. Sist er det medlemsstaten som har bevisbyrden for at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for å gjøre unntak fra direktivets rettigheter, hvor det må fremlegges «præcist» bevis som underbygger unntaket.

I tillegg til at de andre unntakene gir retningslinjer og tolkningsbidrag til artikkel 35, kan forskjellen mellom unntakene gi svar på hvorfor artikkel 35 ble inntatt i direktivet og hvorfor den ikke er plassert sammen med de andre unntakene i kapittel VI. Her kan jeg blant annet trekke frem at EU-domstolen har presisert at artikkel 27 (1) gjelder for begrensninger av retten til innreise, utreise og opphold.²²⁵ Dette er smalere enn det som gjelder for artikkel 35 som gir medlemsstatene adgang til å foreta nødvendige tiltak ved misbruk av *alle* rettigheter i direktivet, herunder også retten til likebehandling og krav på sosiale ytelser etter artikkel 24. Ut fra dette kan artikkel 35 på den ene siden betraktes som en sikkerhetsventil som fanger opp atferd som ikke faller under den uttømmende listen i artikkel 27. På den andre siden kan den betraktes som en selvstendig bestemmelse som fanger opp misbruk, som er ulovlig i seg selv.

Hva som ligger hensynet til offentlig orden eller offentlig sikkerhet kan variere fra medlemsstat til medlemsstat, ettersom medlemsstatene har frihet til å bestemme hva som ligger i hensynene.²²⁶ Med andre

²²² *Kommisjonen mot Italia*, C-260/04, avsn. 33; Se også Barnard (2022) s. 472.

²²³ *Kommisjonen mot Østerrike*, C-161/07, avsn. 37.

²²⁴ C/2023/1392 s. 58.

²²⁵ Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 259 med henvisning til *Jipa*, C-33/07.

²²⁶ C/2023/1392 s. 58.

ord er medlemsstatene gitt en viss skjønnsmargin for å bestemme hva som ligger i hensynene på bakgrunn av statens eget behov.²²⁷ For eksempel uttalte EU-domstolen i *van Duyn* at «de særlige omstendigheter, der kan berettiggende anvendelsen af begrebet den offentlige orden, kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode, og at der derfor i så henseende må indrømmes de nationale kompetente myndigheder et skøn inden for de af traktaten afstukne rammer».²²⁸ Det avgjørende er at medlemsstatene tydelig definerer hvilke interesser i samfunnet det dreier seg om å beskytte.²²⁹ Det er imidlertid vanskelig å se for seg at skjønnsmarginen kan bli så vid at det omfatter alle tenkelige former for misbruk.

Avslutningsvis har kapittel 4.1.4 gitt generelle retningslinjer som også må legges til grunn ved vurderingen av om det kan iverksettes tiltak ved misbruk i artikkel 35.

4.1.5 Oppsummering

I kapittel 4.1 har jeg gjennomgått hva som må forstås med «misbruk» i artikkel 35. Etter en gjennomgang av bestemmelsens ordlyd, kontekst og formål er det klart at det må skilles mellom legitim bruk og misbruk av rettigheter og mellom misbruk og bedrageri. Grensen mellom legitim bruk og misbruk er som nevnt avhengig av en materiell avgrensning av den aktuelle rettigheten som påstås misbrukt, ut fra hva som er formålet med rettigheten. Videre har EU-domstolen etablert en kumulativ test for å fastlegge at det foreligger misbruk, som for det første innebærer at det må foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter, der EU-bestemmelsens formål ikke er oppnådd, selv om vilkårene i bestemmelsen formelt er oppfylt. For det andre kreves det hensikt om å oppnå en fordel av EU-bestemmelsene ved kunstig å skape vilkårene som kreves for å oppnå denne fordelten.²³⁰

Videre er det hensiktsmessig å identifisere klare eksempler på hva som utgjør misbruk etter artikkel 35. Misbruk som proformaekteskap følger uttrykkelig av artikkel 35, hvor jeg i 4.2 skal analysere hvordan det etableres at det foreligger et proformaekteskap etter artikkel 35. Videre åpner ordlyden (jf. «f.eks.») i artikkel 35 for at andre former for misbruk kan omfattes. I 4.3 skal jeg derfor vurdere om det er andre former av misbruk som også kan og eller bør omfattes av artikkel 35.

²²⁷ Barnard (2022) s. 473.

²²⁸ *van Duyn*, sak 41-74, avsn. 18.

²²⁹ C/2023/1392 s. 58.

²³⁰ *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 53.

4.2 «... proformaekteskap»

4.2.1 Innledende betraktninger

Unionsborgerdirektivet artikkel 35 omfatter «misbruk af rettigheder [...] eller svig som f.eks. proformaægteskab». Bestemmelsen nevner proformaekteskap som et eksempel på «misbruk [...] eller svig» uten å spesifisere hvilke av begrepene det omfattes av. Det er imidlertid enighet om at proformaekteskap ikke er «svig» men «misbruk», ettersom paret faktisk inngår et ekteskap uten å ha til hensikt å leve i et ekteskap sammen, hvor den *den offentlige institusjonen ekteskapet* misbrukes for å oppnå en uberettiget fordel – her rett til fri bevegelighet og opphold.²³¹ Selv om ekteskapet ikke anses som et bedrageri, er det sannsynlig at paret opptrer bedragerisk når de møter utlendingsmyndighetene.²³²

Proformaekteskap er direktivets eneste eksempel på en handling som innebærer misbruk av rettigheter, som gir medlemsstatene myndighet til å iverksette tiltak etter artikkel 35. Dette tydeliggjør at lovgiver hadde en presumsjon om at misbruk av rettighetene i direktivet kan oppstå ved familieinnvandring og oppholdstillatelse til ektefeller, og uttrykkelig nevnte «proformaekteskap» som et eksempel. Ut fra den todelte testen som ble oppstilt i *Emsland-Stärke* og Kommisjonens definisjon av misbruk må proformaekteskap anses å «ikke [være] i overensstemmelse med formålet med EU-bestemmelse». Proformaekteskap er derfor alltid i strid med unionsborgerdirektivet.²³³ Hvorvidt det foreligger misbruk som proformaekteskap, blir derfor et spørsmål om vilkårene for at det foreligger et proformaekteskap er oppfylt.²³⁴

4.2.2 Når foreligger det et proformaekteskap etter artikkel 35?

Det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter inneholder et objektive og et subjektive vilkår, hvor avgjørelsen i *McCarthy II* tilsier at testen skal overføres til vurderingen av om det foreligger misbruk også etter unionsborgerdirektivets artikkel 35. Proformaekteskap er definert i direktivets 28. betraktning som et forhold «der indgås udelukkende for at kunne udøve retten til fri bevægelighed og til ophold». Definisjonen bekrefter at proformaekteskap alltid oppfyller det objektive vilkåret om at det underliggende formålet med regelen ikke er overholdt selv om de formelle lovfestede vilkårene er overholdt, her at det foreligger et pro forma ekteskap inngått

²³¹ Se f.eks. Ziegler (2011) s. 296 og Guild, Peers og Tomkins (2019) s. 313.

²³² Costello (2011) s. 341.

²³³ Se nærmere redegjørelse av Kommisjonens veiledning i kapittel 4.1.2.

²³⁴ Se også Brathovde (2020) s. 67.

«udelukkende» med det formål om å kunne utøve retten til fri bevegelighet og opphold.²³⁵ Ordene «udelukkende for at» forstås som det subjektive vilkåret, altså at det foreligger misbrukshensikt om å oppnå en uberettiget fordel. Sammenlignet med *Emsland-Stärke* kombinerer definisjonen av proformaekteskap det objektive og subjektive vilkåret i den todelte testen, slik at det er formålet eller hensikten med å inngå ekteskapet som blir avgjørende for om testen er oppfylt.²³⁶ Med andre ord, dersom det etableres at ekteskapet er inngått «udelukkende» med formålet om å utøve rettighetene etter unionsborgerdirektivet, foreligger det misbrukshensikt og derfor et proformaekteskap.²³⁷

Definisjonen i direktivets 28. betraktning tilsier at skyldkravet for at det foreligger misbrukshensikt etter artikkel 35, er at ekteskapet «udelukkende» er inngått for å utøve rettighetene etter unionsborgerdirektivet. En alminnelig forståelse av ordet «udelukkende» tilsier at det eneste formål med ekteskapet må være å kunne utøve retten til fri bevegelighet og opphold. Dette innebærer at dersom det foreligger andre formål enn å utøve retten til fri bevegelighet og opphold, vil ikke kriteriet være oppfylt.

I Kommisjonens veiledning fra 2009 nevnes det at proformaekteskap defineres i 28. betraktning som inngåelse av ekteskap «med det ene formål at opnå ret til fri bevægelighed og ophold i henholdt til direktivet, hvilket man ellers ikke ville have haft».²³⁸ Dette kan tilsi at «udelukkende» er synonymt med det «ene» formål, og trekker i retning av et strengt krav for å etablere at det foreligger et proformaekteskap.

I 2014 utga imidlertid Kommisjonen en håndbok om medlemsstatenes håndtering av påståtte proformaekteskap mellom EU-borgere og tredjelandsborgere. Selv om håndboken ikke er rettslig bindende, så redegjør den for Kommisjonens syn på hvordan en skal skille mellom reelle ekteskap, og proformaekteskap. Det gis blant annet veiledning med hensyn til vurderingen av kravet om at ekteskapet «udelukkende» er inngått for å oppnå rett til fri bevegelighet og opphold.²³⁹

²³⁵ Se hva som utgjør et ekteskap i kapittel 3.3.2.

²³⁶ *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 52.

²³⁷ Se imidlertid kapittel 5.3.

²³⁸ KOM (2009) 313 endelig, s. 15.

²³⁹ Ettersom håndboken bare er utgitt på engelsk, må det her gjøres unntak fra utgangspunktet om at jeg bruker dansk ved all EU-rettslig kildebruk.

«As the notion «sole purpose» is an autonomous concept of EU law, it must be interpreted according to EU law, taking into account primarily the purpose of this concept in the wider context of the fundamental freedom to move and the fight against abuse. Therefore, the notion of «sole purpose» *should not be interpreted literally* (as being the unique or exclusive purpose) but rather as meaning that the objective to obtain the right of entry and residence must be the *predominant purpose* of the abusive conduct. A conduct aimed at abusively acquiring more than one unfair advantage (such as, in addition to the right of residence, a tax advantage) may also be considered as abusive» [uthevet her].²⁴⁰

Kriteriet om at ekteskapet «udelukkende» må være inngått for å oppnå retten til fri bevegelighet og opphold må ifølge Kommisjonen ikke tas på ordet. Kriteriet må heller være forstått som at det må være hovedformålet («the predominant purpose»). Begrepet «udelukkende» kan derfor tolkes både slik at det viser til det eneste formålet med ekteskapet, og hovedformålet.

For å sammenligne kriteriet med det som følger av EU-domstolens praksis tilknyttet prinsippet om misbruk, brukte domstolen kravet «hovedformål» i *Halifax*.²⁴¹ Det ble imidlertid presisert at misbruk ikke ville være aktuelt dersom det forelå en annen begrunnelse enn å oppnå en avgiftsfordel.²⁴² Hva EU-domstolen mente med uttalelsen ble presisert i *Cussens m.fl.*, hvor det ble uttalt at «den retspraksis, der følger af Halifax-dommen, ikke [forutsetter] at det eneste formål med de omhandlede transaksjoner er at oppnå en avgiftsfordel».²⁴³ De ble uttalt at det er tilstrekkelig at å oppnå en fordel er «hovedformålet».²⁴⁴

Det er naturlig å anta at det samme må gjelde også for artikkel 35, slik at fortalen ikke bør tas på ordet. Dessuten er ikke fortalen til en EU-rettsakt rettslig bindende, og kan hverken påberopes til støtte for å fravike bestemmelsene i en rettsakt, eller til støtte for en fortolkning av en bestemmelse som er i åpenbar strid med dens ordlyd.²⁴⁵ Det gjenstår likevel en avklaring fra EU-domstolen om hvorvidt direktivets 28. betraktning må tas på ordet eller om det er tilstrekkelig at hovedformålet med ekteskapet er å oppnå rett til fri bevegelighet og opphold.²⁴⁶

²⁴⁰ SWD/2014/0284 final under 2.1 *Abuse and marriages of convenience under EU law on free movement*.

²⁴¹ Se kapittel 4.1.3.

²⁴² *Halifax*, C-255/02, avsn. 75.

²⁴³ *Cussens m.fl.* C-251/11, avsn. 53.

²⁴⁴ *Ibid.* avsn. 53.

²⁴⁵ Se f.eks. *European Commission v CK Telecoms UK Investments Ltd*, C-376/20 P, avsn. 105.

²⁴⁶ Se også Brathovde (2020) s. 69; Se kapittel 5 for EFTA-domstolens tolkning av bevisemaet.

4.2.3 Skillet mellom ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel og proformaekteskap

Vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap etter unionsborgerdirektivet artikkel 35, er avhengig av at det kan anses bevist at ekteskapet er inngått med det hovedformål om å utøve rettighetene etter unionsborgerdirektivet. I den sammenheng har Kommisjonen fremlagt flere veiledninger om en bedre gjennomføring og anvendelse av direktivet, særlig med henblik på hva de mener ligger i et proformaekteskap. Blant annet mener Kommisjonen for sin del at «[f]orholdets kvalitet er uden betydning for anvendelsen af artikkel 35» og at et ekteskap ikke kan anses som et proformaekteskap bare fordi det medfører en innvandringsfordel «eller for den sags skyld enhver anden fordel».²⁴⁷ Retningslinjen må skilles fra hjemvendte statsborgeres misbruk, som springer ut fra at unionsborgerdirektivets bestemmelser om avledet rett til opphold for familiemedlemmer gjelder tilsvarende for EU-borgere som returnerer til hjemstaten fra vertsstaten.²⁴⁸ Under behandlingen av hjemvendte statsborgeres misbruk fremgår det av Kommisjonen retningslinjer at:

«Domstolen har konsekvent fastslået, at *en EU-borgers motiver til at udøve deres ret til fri bevægelighed* — uanset om de er økonomisk aktive eller ikke-erhvervsaktive EU-borgere — *er irrelevante*, forudsat at personen opfylder opholdsbetingelserne i EU-retten om fri bevægelighed. Det følger heraf, at *når EU-borgere ikke kan forenes med deres familiemedlemmer i deres oprindelsesmedlemsstat på grund af anvendelsen af nationale indvandringsregler*, der forhindrer dette, udgør det *ikke et misbrug* at udøve deres ret til fri bevægelighed i en anden medlemsstat med det *ene formål* ved tilbagevenden til den medlemsstat, hvor de er statsborgere, *at påberåbe sig deres rettigheder som hjemvendte statsborgere i henhold til EU-retten*. Dette forudsætter imidlertid, at de pågældende personer opfylder betingelserne for at anvende reglerne for hjemvendte» [uthevet her].²⁴⁹

Det Kommisjonen uttaler, med henvisning til fast rettspraksis fra EU-domstolen, er at EU-borgerens subjektive hensikt med å utøve retten til fri bevegelse er irrelevant dersom vedkommende oppfyller oppholds-betingelsene i EU-retten om fri bevegelse. Selv om dette

²⁴⁷ KOM (2009) 313 endelig, s. 15.

²⁴⁸ Se C/2023/1392, s. 73-76 for nærmere redegjørelse av hjemvendtes misbruk. Se også Kroeze (2020) som vurderer hvordan en skal skille mellom legitim bruk av EU-retten for å oppnå familiegjenforening, og misbruk av EU-retten for å omgå hjemstatens innvandringsrett.

²⁴⁹ C/2023/1392, s. 76 med henvisning til blant annet *Akrich*, C-109/01, avsn. 55 og 56.

direkte behandles under hjemvendte statsborgeres misbruk, kan retningslinjen gi bidrag også til fastleggelsen av om det foreligger et proformaekteskap eller et reelt ekteskap, i tilfeller der en EU-borger gifter seg i et annet EU-land – for deretter å returnere til hjemstaten. Dette må ses i sammenheng med at unionsborgerdirektivet er utformet med sikte på å lette gjenforening med familiemedlemmer. På samme måte som de danske gründerne i *Centros* ble ansett å bruke (og ikke misbruke) etableringsfriheten, fordi de brukte etableringsfriheten i tråd med sitt formål (altså å opprette filialer i andre medlemsstater), vil det ikke foreligge misbruk når EU-borgeren bruker reglene for å gjenforenes med familien sin.²⁵⁰

Det foreligger derfor ikke et proformaekteskap – og heller ikke misbrukshensikt – dersom EU-borgeren flytter til en annen medlemsstat med det eneste formål om å vende hjem og påberope seg retten til familiegjenforening slik den følger av direktivet. Omgåelse av nasjonal lovgivning vil derfor være lovlig når et par gifter seg for å gjenforenes, i tråd med retten til familiegjenforening. Er det derimot tale om to personer, som ikke er i et parforhold, men som bruker retten til familiegjenforening bare for at tredjelandsborgeren skal få oppholdstillatelse i EU-borgerens hjemstat, så vil det være misbruk.

Ved vurderingen av om det foreligger proformaekteskap må det derfor skilles mellom reelle ekteskap der omgåelse av nasjonal lovgivning skjer i tråd med unionsborgerdirektivets formål om å lette familiegjenforening, og ekteskap som ikke er reelle – men bare inngås for at en tredjelandsborger skal få oppholdsrett i en medlemsstat. Hertil har Kommisjonen oppstilt veiledende kriterier som indikerer at det med all sannsynlighet ikke foreligger misbruk:

- Ektefellen, som er tredjelandsborger, vil ikke ha problem med å på egen hånd få oppholdsrett eller har på forhånd allerede vært lovlig bosatt i EU-borgerens medlemsstat
- Paret er i et langvarig forhold
- Paret har gjennom lang tid hatt felles bopel
- Paret har allerede inngått en langfristet finansiell forpliktelse med felles ansvar
- Ekteskapet har vart lenge²⁵¹

Avslutningsvis må det påminnes om at proformaekteskap utgjør et unntak fra unionsborgerdirektivets rettigheter. Dette innebærer at unntaket må fortolkes snevert, samtidig

²⁵⁰ *Centros*, C-212/97, avsn. 27.

²⁵¹ Se KOM (2009) 313, s. 16.

som det må tas hensyn til at både familieliv og ekteskap beskyttes av Pakten og EMK.²⁵² Medlemsstatenes begrensninger skal videre ikke være til hinder for unionsborgerdirektivets effektivitet,²⁵³ i tillegg til at begrensningene er underlagt en streng proporsjonalitetsvurdering og underlagt garantier for rett saksbehandling. Dette må tas i betraktning under vurderingen av om det foreligger et reelt ekteskap eller et proformaekteskap.

4.3 Andre former for misbruk

Unionsborgerdirektivet artikkel 35 åpner for at rettighetene i direktivet kan misbrukes på andre måter enn ved proformaekteskap, på bakgrunn av at bestemmelsen viser til «misbruk [...] som f.eks. proformaægteskab» [uthevet her].²⁵⁴ Bestemmelsen har lik ordlyd på de forskjellige språkversjonene av direktivets artikkel 35,²⁵⁵ og det følger av fortalens 28. betraktning at bestemmelsen «især» omfatter proformaekteskap. Dette, lest i sammenheng med ordlyden, tilsier at artikkel 35 ikke er uttømmende, og gir medlemsstatene adgang til å begrense direktivets rettigheter ved andre former for misbruk enn bare ved proformaekteskap.

Det er videre ingenting som tilsier at det var lovgivers hensikt å avgrense bestemmelsen til utelukkende å omfatte proformaekteskap. Som nevnt ble artikkel 35 slik den lyder i dag først tatt inn i direktivet under Rådets innstilling til Kommisjonens direktivforslag, hvor det ble angitt at bestemmelsen ble inntatt for å gjøre det klart at medlemsstatene kan nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter «når der er tale om misbrug af rettigheder eller svig».²⁵⁶ Utover det gir ikke forarbeidene noen avklaring av hva som menes med misbruk, som kan begrunnes med at artikkel 35 først ble tatt inn i direktivet bare noen få måneder før det ble vedtatt.²⁵⁷ Henvisningen til «misbruk» må imidlertid forstås som en henvisning til det generelle prinsippet om misbruk, som omfatter all misbruk uavhengig av om det er proformaekteskap eller ikke.

EU-domstolen har behandlet artikkel 35 i bare én dom, og som Kommisjonen har nevnt har ikke domstolen utover proformaekteskap «haft lejlighed til at præcisere, hvilke andre former

²⁵² Se henholdsvis Pakten art. 7 og EMK art. 8 som omtalt i kapittel 2.

²⁵³ Se f.eks. *McCarthy II*, C-202/13, avsn. 32 og *Metock m.fl.*, C-127/08, avsn. 84.

²⁵⁴ I samme retning, se Kroeze (2020) s. 246. I motsatt retning, se Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 313-314 og Brathovde (2020) s. 66-67.

²⁵⁵ For å nevne noen viser den svenske språkversjonen til misbruk ved «till exempel skenäktenskap», den engelske til misbruk «such as marriages of convenience», den franske til misbruk «tels que les mariages de complaisance» og den polske til misbruk «na przykład małżeństw fikcyjnych».

²⁵⁶ SEK/2003/1293 endelig, under punkt 3.3: «Nye bestemmelser indført af Rådet».

²⁵⁷ Rådet innstilling til direktivet ble vedtatt 5. desember 2003, mens direktivet ble vedtatt 29. april 2004.

for misbruk der kan være omfattet af dette [misbrug]». ²⁵⁸ Med andre ord har ikke EU-domstolen blitt forelagt en sak, der andre former for misbruk har vært aktuelle. Dette utelukker ikke nødvendigvis at andre former for misbruk kan omfattes av artikkel 35.

Det er imidlertid flere som har tatt til orde for at artikkel 35 er uttømmende med henblikk på proformaekteskap. ²⁵⁹ Marte Brathovde fremholder at «bestemmelsen [gir] en uttømmende opplisting av tilfellene der det kan foreligge misbruk av reglene i unionsborgerdirektivet» fordi proformaekteskap (og proformapartnerskap) er de eneste formene for misbruk som kan gi avledet rett til opphold etter direktivet. ²⁶⁰ Hun skriver videre at bestemmelsen er uttømmende som en konsekvens av det vidtrekkende anvendelsesområdet reglene om tredjelandsborgerens avledede rett til opphold er gitt i domstolens praksis. ²⁶¹ Cathryn Castello synes å være av samme oppfatning når hun skriver at «the notion of abuse appears to have been whittled down mainly to abuse of family law, in particular, via sham marriage». ²⁶²

Både Brathovde og Castello etterlater inntrykket av at misbruksbegrepet i artikkel 35 er begrenset til avledede rettigheter for familiemedlemmer, hvilket i så fall imøtegår det generelle prinsippet om misbruk som innebærer at EU-retten ikke får anvendelse ved misbruk – uavhengig av om dette angår avledede rettigheter for familiemedlemmer eller ikke. Dessuten fastslår ordlyden i artikkel 35 at bestemmelsen gjelder «misbruk af rettigheder [i henhold til dette direktiv]» som gjør det mulig å identifisere andre former for misbruk enn misbruk av retten til familiegjenforening.

Katja S. Ziegler skriver at prinsippet om misbruk har betydning for retten til fri bevegelighet for *arbeidstakere*, men at dens rolle er redusert til en «merely verbal acceptance as a legal principle». ²⁶³ Hun skriver at «[o]n the one hand, the Court of Justice merges abuse with the conditions of the free movement right. On the other hand, that very right is given such importance that it outweighs any allegations of abuse which are made by the Member States. The scope for an abuse principle seems to be limited to the specified, defined (and doubtful)

²⁵⁸ C/2023/1392, s. 76.

²⁵⁹ Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 313-314; Katja S. Ziegler. (2011) s. 306; Brathovde (2020) s. 66. I motsatt retning Kroeze (2018) s. 246.

²⁶⁰ Brathovde (2020) s. 66-67.

²⁶¹ *Ibid.* s. 67.

²⁶² Costello (2011) s. 341.

²⁶³ Ziegler (2011) s. 306; i samme retning Brathovde (2020) s. 66-67.

case of marriages of convenience».²⁶⁴ Mot denne bakgrunn spør Ziegler om «the Court of Justice refers to the abuse of rights at all in the context of free movement of persons, and whether appeasing Member States might be the only reason».²⁶⁵ Det må merkes at Ziegler fokuserer på *arbeidstakere*. Disse har et sterkt vern i EU-retten, og det kan tenkes at dette vernet ikke er like sterkt for unionsborgere som er ikke-økonomisk aktive.²⁶⁶

Ut fra de nevnte forfatternes synspunkter forstår jeg det imidlertid slik at de fokuserer på misbrukslæren som et prinsipp i møte mot de sterke unionsborgerrettighetene, og uenighet om prinsippet har reell betydning eller ikke.

I en av de mest kjente antologiene som omhandler misbruksprinsippet, *Prohibition of Abuse of Law: A new General Principle of EU Law*, skriver en av dens redaktører, Rita de La Feria, at det er betydelige forskjeller mellom de ulike frihetene med hensyn til det generelle prinsippets betydning, og at prinsippet særlig skiller seg ut når det gjelder området for fri bevegelighet for personer. Hun viser til at det bare er én forfatter i antologien som aksepterer at konseptet misbruk har betydning på området for fri bevegelighet for personer.²⁶⁷ Alle de andre forfatterne avviser at prinsippet om misbruk er relevant innenfor retten til fri bevegelighet for personer og unionsborgerrettighetene.²⁶⁸ Tyngdepunktet bak avvisningen ligger i at mennesker har høyere moralsk verdi enn varer og tjenester, samtidig som unionsborgerrettighetene er nærmere beslektet menneskerettigheter enn økonomiske friheter – slik at rettighetene er verdifulle i seg selv.²⁶⁹ Unionsborgere trenger derfor ikke bestandig å bevise at deres handlinger har et bestemt formål, som er helt sentralt ved vurderingen av om det foreligger misbrukshensikt.

Dersom det avvises at artikkel 35 ikke omfatter andre former for misbruk enn proformaekteskap, begrenses det generelle prinsippet innenfor unionsborgerdirektivets rammer. Jeg mener at begrepet «misbruk» i artikkel 35 ikke bare er en papirtiger, men gir medlemsstatene en hjemmel til å beskytte nasjonale interesser fra vidtrekkende utnyttelse av direktivets rettigheter på deres bekostning. Dessuten formulerte EU-lovgiveren artikkel 35 slik at den kan omfatte andre uspesifiserte former for misbruk. Mot denne bakgrunn skal jeg vurdere andre former for misbruk som kan omfattes av artikkel 35.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.* s. 313.

²⁶⁶ Se kapittel 4.3.3 om velferdsturisme.

²⁶⁷ de la Feria (2011) s. xix med henvisning til Faull (2011).

²⁶⁸ *Ibid.* s. xix med henvisning til Ziegler (2011); Spaventa (2011); Dougan (2011).

²⁶⁹ *Ibid.* s. xix.

4.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

Artikkel 35 gir medlemsstatene hjemmel til å begrense direktivets rettigheter ved misbruk. Som jeg allerede har etablert innebærer dette atferd som utelukkende har som formål å oppnå rettighetene som følger av direktivet, som ikke er i overenstemmelse med bestemmelsens formål selv om betingelsene fastsatt i bestemmelsene formelt er oppfylt.

Jeg har tidligere vist til forfattere som fremholder at rekkevidden til legitim bruk av retten til fri bevegelse og opphold er så vid, at det ikke er noe rom for misbruk. Jeg mener at det må inntas en annen tilnærming til spørsmålet: I kapittel 4.1.3 siterte jeg Planiols berømte definisjon '*le droit cesse là où Pabus commence*' fra La Pergolas rådgivende uttalelse i *Centros*.²⁷⁰ Definisjonen gir et springbrett til min tilnærming for å spesifisere andre former for misbruk: Fremfor å fokusere på hva som er rekkevidden for bruk av rettigheter vil jeg fokusere på når misbruket begynner. Fokuset mitt ligger altså ikke på hvor langt rettighetene i unionsborgerdirektivet går, men hvem som ikke oppfyller kriteriene for å oppnå rettighetene direktivet gir, eller som bare misbruker rettighetene som følger av direktivet.

I Kommisjonens håndbok fra 2014 uttales det at «[w]here a law confers certain advantages which are not universal, there might be people seeking to manipulate the facts or the rules or procedures provided in the law in order to obtain an abusive advantage».²⁷¹ Sitatet danner grunnlaget for hvorfor jeg deler opp de mulige formene for misbruk i to kategorier: 1) handlinger som kan begås av enhver unionsborger, og 2) handlinger som bare kan begås av ikke-økonomisk aktive personer. Oppdelingen har en naturlig sammenheng med at økonomisk aktive personer har flere rettigheter enn ikke-økonomisk aktive (frem til de oppnår permanent oppholdstillatelse) hvor sistnevnte kan ha et større insentiv til å misbruke regler for å oppnå en uberettiget fordel.

4.3.2 Misbruk uavhengig av økonomisk status

4.3.2.1 Unngåelse av straffefølgelse, skatteunndragelse og andre proformaforhold

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på misbruk som kan begås av enhver unionsborger, uavhengig av hvilken personkategori vedkommende tilhører. For å avdekke andre former for misbruk må det tas utgangspunkt i hva som skal til for at det foreligger misbruk. Dette

²⁷⁰ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat La Pergola i *Centros*, C-212/07 avsn. 20; Se kapittel 4.1.4.

²⁷¹ SWD/2014/0284 final under punkt 2 «Definitions».

innebærer 1) formålsstridig utøvelse av en rettighet og 2) misbrukshensikt om å oppnå en uberettiget fordel.

Ett første åpenbart eksempel som kan falle under handlinger som kan begås av enhver unionsborger, er en situasjon hvor en person unngår straffeforfølgelse ved å reise ut av landet og til et annet EU-land. I så fall misbrukes retten til fri bevegelse og opphold for å unngå straffeforfølgelse – som neppe er formålet med direktivets artikkel 4. Er det slik at vedkommende da hadde misbrukshensikt om å oppnå en uberettiget fordel – her unngå straffeforfølgelse – vil det kunne omfattes av artikkel 35.

Ett annet opplagt eksempel er skatteunndragelse, som må anses å kunne foretas av fysiske personer på samme måte som juridiske personer i *Halifax*. EU har arbeidet aktivt for å innføre regler som skal hindre skatteomgåelse eller skatteunndragelse, og vedtok direktivet om bekjempelse av skatteunndragelse den 20. juli 2016.²⁷² I fortalen framheves det at det er særlig viktig å gjenopprette tillitten til rettferdigheten av skattesystemene, og sette regjeringene i stand til effektivt å utøve sin skattemessige suverenitet for å sikre at skatten betales der overskuddet genereres og verdien skapes.²⁷³ At EU aktivt arbeider for å bekjempe skatteunndragelse og skatteomgåelse, understreker at det alltid vil være i strid også med unionsborgerdirektivet å utnytte retten til fri bevegelse med dette som formål.

Ett tredje eksempel som også kan falle innenfor artikkel 35 er andre proformaforhold, hvor retningslinjene som gjelder for proformaekteskap kan anvendes *mutatis mutandis*. Som eksempel på andre proformaforhold viser Kommisjonen til proformapartnerskap, falsk adopsjon og falsk erklæring av farskap.²⁷⁴ Det er imidlertid flere som har tatt til orde for at Kommisjonens eksempel på falsk adopsjon og falsk erklæring av farskap må anses som bedrageri og ikke misbruk.²⁷⁵ Dette er jeg ikke enig i. Hvis en er av den oppfatning av at falsk adopsjon utelukkende kan skje ved forfalskning av adopsjonsdokumenter er klassifiseringen riktig. Det er likevel mulig å se for seg en situasjon der person A adopterer barn B med det formål om å utsette barn B for menneskehandel, som neppe er formålet forutsatt med retten til familiegjenforening i artikkel 7 nr. 2. jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav c (rett til familiegjenforening

²⁷² Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av 12. juli 2015 om regler til bekjempelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion.

²⁷³ Direktiv 2016/1164, 1. betraktning.

²⁷⁴ C/2023/1392, s. 72.

²⁷⁵ Guild, Peers, Tomkins (2019) s. 313 og Marte Brathovde (2020) s. 66.

med direkte etterkommere). Det skjer en reell adopsjon, men formålet bak bestemmelsen er ikke oppnådd – fordi adoptivforelderen og barnet ikke lever i et familieforhold. Det samme må antas å gjelde også for falsk erklæring av farskap.

Det første eksempelet her om falsk adopsjon er inspirert fra EU-domstolen sin avgjørelse i *SM*.²⁷⁶ Saken gjaldt et ektepar fra Algerie med fransk statsborgerskap som bodde i Storbritannia. På bakgrunn av at de ikke kunne få barn, ønsket de å adoptere. De reiste derfor til Algerie, hvor de ble godkjent som «egned» til å ta imot et barn under den algeriske kafala-ordningen.²⁷⁷ Etter dette søkte barnet – SM – om innreise til Storbritannia som adoptivbarn til en EU-borger. Søknaden ble imidlertid avvist, med henvisning til at vergemål under den algeriske kafala-ordningen ikke var anerkjent som adopsjon i Storbritannia, samt at det ikke forelå en søknad om internasjonal adopsjon.²⁷⁸ SM anla sak ved første instans som ble forkastet. I tillegg til at vergemålet ikke ble ansett som adopsjon i Storbritannia, fant retten at ekteparet hadde dratt til Algerie for å få et barn etter kafala-ordningen, etter å ha fått kjennskap til at det var enklere å oppnå foreldremyndighet over et barn i Algerie enn i Storbritannia. Dessuten viste retten til at vurderingen av deres egnethet til å bli verger under den algeriske kafala-ordningen var «begrænset».²⁷⁹ I den tilknytning ble EU-domstolen blant annet spurt om artikkel 35 kan fortolkes slik at den er til hinder for at barn, som er ofre for eller risikerer utnyttelse, misbruk eller menneskehandel, får tillatelse til innreise.²⁸⁰

Generaladvokat M. Campos Sànces-Bordana presiserte i sin rådgivende uttalelse at selv om artikkel 35 viser til proformaekteskap som et konkret eksempel på misbruk eller bedrageri, «udelukker den ikke andre tilfælde» og pekte på at proformaekteskap likestilles med «andre former for forhold» som inngås «udelukkende for at kunne udøve retten til fri bevægelighed og til ophold».²⁸¹ Dertil uttalte han at:

²⁷⁶ *SM*, C-129/18.

²⁷⁷ *SM*, C-129/18, avsn. 23-27; Kafala-ordningen kan oppsummeres som følgende: Islamsk lov (sharia) forbyr tradisjonell adopsjon. Kafala har røtter i koranen, og innebærer etablering av et vergemål overfor et mindreårig barn. En kafeel (forsørgeren) må være muslim og forplikter seg til å gi barnet islamsk oppdragelse. En kafeel påtar seg å passe, oppdra og beskytte barnet på samme måte som en forelder ville ha gjort overfor sitt eget barn, men det etableres ikke et slektsbånd – og ordningen kan ikke sidestilles med adopsjon da dette er forbudt.

²⁷⁸ *Ibid.* avsn. 30.

²⁷⁹ *Ibid.* avsn. 31.

²⁸⁰ *Ibid.* avsn. 32.

²⁸¹ Uttalelse fra Generaladvokat M. Campos Sànces-Bordana i *SM*, C-129/18 avsn. 114.

«de former for udnyttelse af børn, som er omhandlet i direktiv 2011/36, [kan] henføres under kategorien misbrug. Fænomenet menneskehandel omfatter forskellige former for udnyttelse, hvoraf nogle – såfremt de involverer børn – kan muliggøres ved illegal adoption. [...] Barnets anbringelse i pleje vil være svigagtig, hvis den reelle hensigt hermed er – forklædt som den retlige ordning kafala – at overføre barnet fra et land til et andet med det formål at udsætte det for »seksuel udnyttelse, tvangsarbejde eller tvangstjenester, herunder tiggeri, slaveri og slaverilignende forhold, trældom samt udnyttelse af strafbare handlinger og fjernelse af organer».²⁸²

Ut fra den rådgivende uttalelsen kan det for det første utledes at andre former for forhold kan omfattes av misbruksbegrepet i artikkel 35. For det andre kan det tenkes situasjoner hvor menneskehandel skjer ved ulovlig adopsjon, forkledd som f.eks. kafala, og at medlemsstatene i slike situasjoner kan gripe inn og treffe nødvendige tiltak etter artikkel 35. Generaladvokaten fant imidlertid at det ikke forelå noen elementer i saken som tilsa at misbruk var aktuelt. Det er derfor ikke overraskende at EU-domstolen tok stilling til spørsmålet, som den begrunnet med at SM var satt under lovlig vergemål, og ble ansett å bli omfattet av begrepet «direkte etterkommere» i direktivets artikkel 2 (2) bokstav c. Hun hadde derfor automatisk rett til innreise og opphold etter direktivets artikkel 7 (2).²⁸³ Det kan imidlertid tenkes at dersom vergemålet ikke hadde vært lovlig, så kunne spørsmålet om misbruk blitt satt på spissen i saken.

SM kan tas til inntekt for at artikkel 35 kan omfatte situasjoner hvor kriteriene for å oppnå statusen som «direkte etterkommer» i artikkel 2 (2) bokstav c formelt er oppfylt, slik at vedkommende automatisk har rett til innreise og opphold etter artikkel 7 (2), men at formålet ikke er familiegjenforening, men utnyttelse av barnet. Mot denne bakgrunn kan det også tenkes situasjoner hvor kriteriene i de øvrige personkategoriene som omfattes av begrepet «familiemedlem» i artikkel 2 (2) formelt er oppfylt, men hvor personen det søkes familiegjenforening med er utsatt for menneskehandel. Dette gjelder for eksempel personer som er utsatt for tvangsekteskap eller barneekteskap, og som må anses å kunne omfattes av artikkel 35 på samme måte som ulovlig adopsjon.²⁸⁴

²⁸² *Ibid.* avsn. 115-116.

²⁸³ SM, C-129/18, avsn. 74-76.

²⁸⁴ Tvangsekteskap anses riktignok ikke som «ekteskap» etter direktivets artikkel 2 (2) se kapittel 3.2.3.

4.3.2.2 En nærmere vurdering av menneskehandel som eksempel på misbruk

Den skisserte situasjonen over kan tenkes å være omfattet av artikkel 35. Det er imidlertid hensiktsmessig å se nærmere på menneskehandel som en mulig form for misbruk, for å vurdere om den skisserte situasjonen kan subsumeres under artikkel 35 i EU-rettslig kontekst.

I direktiv 2011/36/EU om forebygging og bekjempelse av menneskehandel og beskyttelse av ofrene til dette, følger det av dets 1. betraktning at «[m]enneskehandel er en alvorlig forbrydelse, der ofte begås inden for rammerne af organiseret kriminalitet; det udgør en grov overtrædelse af de grundlæggende rettigheder og er udtrykkeligt forbudt i [Pakten]». ²⁸⁵ Etter fortalens 7. betraktning bør det ved direktivets gjennomførelse tas hensyn til direktiv 2004/81/EF om utstedelse av oppholdstillatelse til tredjelandsborgere som har vært ofre for menneskehandel og direktiv 2009/52/EF om minimumsstandarder for sanksjoner og tiltak overfor arbeidsgivere som sysselsetter tredjelandsborgere med ulovlig opphold. ²⁸⁶ Det er imidlertid ingen henvisning til unionsborgerdirektivet – selv om begge direktivene som nevnes i 7. betraktning retter seg mot tredjelandsborgere og oppholdstillatelse. Som *SM* illustrerer kan unionsborgerdirektivet også få betydning for tilfeller av menneskehandel, ettersom tredjelandsborgere kan få avledet rett til opphold dersom de er familiemedlemmer til en EU-borger.

Spørsmålet om menneskehandel kan omfattes av artikkel 35 avhenger av om menneskehandel kan omfattes av misbruksbegrepet. Kan menneskehandel ved f.eks. ulovlig adopsjon eller tvangsekteskap anses som en spesifikk form for misbruk som proformaekteskap?

Vurderingen avhenger for det første av hvorvidt menneskehandel alltid er i strid med formålet til bestemmelsene i unionsborgerdirektivet. Selv om det hverken fremkommer av direktivets bestemmelser eller fortale, kan det neppe anses som noe annet. Dette understøttes av at det finnes et eget direktiv som regulerer menneskehandel, herunder direktiv 2011/36/EU. Menneskehandelsdirektivets 1. betraktning understreker at «[f]orebygging og bekjempelse af menneskehandel er en prioritet for Unionen og medlemsstaterne». Menneskehandel vil derfor

²⁸⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/36/EU af 5. april 2011 om forebygging og bekjempelse af menneskehandel og beskyttelse af ofrene herfor, og om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2002/629/RIA; direktivet er verken innlemmet i EØS-avtalen eller Schengen-avtalen; Se direktivets artikkel 2 for hva som anses som lovovertrædelser i forbindelse med menneskehandel.

²⁸⁶ Rådets direktiv 2003/81/EF af 29. april 2004 om udstedelse af opholdstilladelser til tredjelandsstatsborgere, der har været ofre for menneskehandel, eller som er indrejst som led i ulovlig indvandring, og som samarbejder med de kompetente myndigheder.

alltid være i strid med formålet til unionsborgerdirektivet. Videre må det foreligge misbrukshensikt, som må anses å være tilfellet dersom en person utnyttes med henblikk på opptjening av penger eller andre fordeler, som del av menneskehandel.

Omstendigheten at det finnes et eget direktiv om menneskehandel, reiser imidlertid spørsmål om menneskehandel kan omfattes av artikkel 35 eller ikke – ettersom direktivet direkte regulerer menneskehandel. Menneskehandelsdirektivet er imidlertid taus med hensyn til om ulovlig adopsjon eller tvangsekteskap faller under «[1]ovovertrædelser i forbindelse med menneskehandel» som følger av direktivets artikkel 2. Dette kan åpne for at disse formene for utnyttelse kan omfattes av unionsborgerdirektivets artikkel 35.

Kommisjonen har imidlertid fremlagt forslag til et nytt og oppdatert direktiv om bekjempelse av menneskehandel i KOM/2022/732 endelig.²⁸⁷ Her uttales det at for å styrke den strafferettslige reaksjonen på menneskehandel, herunder i grenseoverskridende sammenheng, er det funnet tre lovgivningsmessige tiltak. Ett av dem er «udtrykkelig henvisning til tvangsægteskaper og ulovlig adoption på listen over former for udnyttelse».²⁸⁸ At det henvises til «grenseoverskridende sammenheng» kan forstås som en henvisning til tilfeller hvor retten til fri bevegelighet og opphold misbrukes. Når det nye menneskehandelsdirektivet trer i kraft, vil det derfor selv regulere tilfeller hvor menneskehandel foregår ved ulovlig adopsjon eller tvangsekteskap, og gå foran unionsborgerdirektivets artikkel 35 som *lex specialis*. Frem til da er det ikke utelukket at menneskehandel kan omfattes av artikkel 35. Dessuten er det bare tvangsekteskap og ulovlig adopsjon som nevnes, slik at f.eks. barneekteskap fremdeles kan falle under artikkel 35 i EU-rettslig kontekst.

4.3.3 Ikke-økonomisk aktives misbruk: Velferdsturisme

4.3.3.1 Skillet mellom økonomisk aktive og ikke-økonomisk aktive unionsborgere

Utviklingen av unionsborgerskapskonseptet har markert seg særlig når det gjelder retten til fri bevegelighet og opphold og EU-borgeres rett til velferdsytelser.²⁸⁹ Tradisjonelt var det bare arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som hadde rett på

²⁸⁷ Rådet og Europaparlamentet har kommet til enighet om forslaget, se Rådets pressemelding fra 23. januar 2024; <https://www.consilium.europa.eu/da/press/press-releases/2024/01/23/fight-against-human-trafficking-council-and-european-parliament-strike-deal-to-strengthen-rules/>

²⁸⁸ KOM/2022/732 endelig under «konsekvensanalysen» hvor dette tillegges i artikkel 2 (3).

²⁸⁹ For en utførlig redegjørelse av retten til velferdsytelser etter unionsborgerdirektivet, se Franklin (2024) s. 6-11 og Jesse og Carter (2020).

likebehandling når det gjaldt rett til velferdsytelser på samme linje som vertsstatens egne statsborgere.²⁹⁰ Andre borgere i EUs medlemsstater som ikke var økonomisk aktive, og som reiste gjennom EU, fikk ikke like vidtgående krav på likebehandling.²⁹¹ Etter at unionsborgerskapet ble introdusert ved Maastricht ble det imidlertid reist spørsmål om konseptets betydning for ikke-økonomisk aktives rett til velferdsytelser.²⁹² Årsaken er formålet om å skape et unionsborgerskap som ikke er tilknyttet økonomiske formål, hvor EU-domstolen har bidratt i rettsutviklingen av unionsborgerskapet når det gjelder retten til likebehandling med henblikk på velferdsytelser.

Den norske språkversjonen av unionsborgerdirektivet bruker uttrykkene «sosialhjelp» og «sosialhjelpssystem». Etter min mening er ikke dette treffende ettersom det norske uttrykket «sosialhjelp» rettes mot personer som ikke er i stand til å sørge for eget livsopphold, der sosialhjelpen er en midlertidig støtte man kan få dersom man ikke kan dekke nødvendige utgifter selv. Jeg har derfor valgt å bruke ordene «velferdsytelser» og «velferdssystem» ettersom dette er tettere på de EU-rettslige språkversjonene av direktivet.²⁹³

I *Martínez Sala*, *Baumbast*, *Trojani* og *Bidar*²⁹⁴ forbandt EU-domstolen retten til fri bevegelighet og opphold med retten til likebehandling og diskrimineringsforbudet i TEUV artikkel 18. EU-domstolen etablerte her at unionsborgere kan påberope TEUV artikkel 18 for å kreve likebehandling i situasjoner som faller innenfor EU-rettens materielle virkeområde. Etter avgjørelsen i *Martínez Sala* fryktet mange at retten til likebehandling skulle utvides til å gjelde også for andre enn økonomisk aktive, og at den utelukkende ville basere seg på oppholdsrett.²⁹⁵

Selv om de nevnte dommene ble avsagt i klagernes favør, minnet EU-domstolen også her om at personer med oppholdsrett ikke skal bli en urimelig byrde for vertsstatenes velferdssystem. I *Trojani* fant EU-domstolen at Michel Trojani hadde rett til å påberope TEUV artikkel 18 i egenskap av å være unionsborger, men uttalte at «[d]enne ret er (...) ikke ubetinget» og at medlemsstatene derfor kan kreve at unionsborgere og deres familiemedlemmer har tilstrekkelige midler til å unngå at de «falder værtsmedlemsstatens sociale system til byrde»

²⁹⁰ Jesse og Carter (2020) s. 138.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Se definisjonen av ikke-økonomisk aktive i kapittel 3.3.3.

²⁹³ Selv om den norske tekstversjonen ikke kan tillegges betydelig vekt kan det ha konsekvenser for norsk praksis, se kapittel 2.

²⁹⁴ *Martínez Sala*, C-85/96; *Baumbast*, C-413/99; *Trojani*, C-456/02, *Bidar*, C-209/03.

²⁹⁵ Jesse og Carter (2020) s. 139 med videre henvisninger.

under sitt opphold.²⁹⁶ Sakene understreket likevel at unionsborgerskapet har en selvstendig verdi ved å direkte knytte konseptet til retten til likebehandling.²⁹⁷

EU-domstolens rettspraksis skapte debatt og ble møtt av kritikk blant annet av medlemsstatene.²⁹⁸ Dette har en sammenheng med frykten for *velferdsturisme*. Risikoen for velferdsturisme oppstår når de sosiale velferdsytelsene i medlemsstatene ikke er harmonisert, og når EU-borgerne flytter til medlemsstater «der har gunstigere vilkår med hensyn til den sociale sikring».²⁹⁹ Med andre ord beskriver begrepet at unionsborgere reiser til et annet land med hensikt om å motta velferdsytelser. Idet EU-retten anser det som en legitim interesse å unngå at innehavere av oppholdsrett blir en urimelig byrde for vertsstatenes velferdssystemer, kan medlemsstatene forhindre at retten til fri bevegelighet brukes til velferdsturisme. Dette illustreres for eksempel ved at ikke-økonomisk aktive må ha tilstrekkelige midler og sykeforsikring for å oppholde seg i vertsstaten i mer enn tre måneder etter unionsborgerdirektivet.³⁰⁰

Etter mitt syn kan velferdsturisme også kunne anses som misbruk etter artikkel 35. Dette er fordi unionsborgerdirektivet også har som formål å unngå at innehavere av oppholdsrett blir en urimelig byrde for vertsstatenes velferdssystem.³⁰¹ Rettigheten som kan tenkes misbrukt i sammenheng med velferdsturisme er direktivets artikkel 24. Bestemmelsen gjennomfører likebehandlingsprinsippet som følger av TEUV artikkel 18 og gir migrerende unionsborgere rett til velferdsytelser på lik linje med vertsstatens egne statsborgere. Det er imidlertid ikke slik at en migrerende unionsborger automatisk har krav på likebehandling når det gjelder krav på velferdsytelser. For det første begrenser artikkel 24 (2) mot velferdsytelser i oppholdets tre første måneder, som innebærer at likebehandlingsregelen ikke kommer til anvendelse før en unionsborger oppfyller kriteriene som følger av artikkel 7.³⁰² Retten til velferdsytelser for migrerende unionsborgere avhenger altså av deres oppholdsstatus.

²⁹⁶ *Trojani*, C-456/02 avsn. 31-33.

²⁹⁷ Jesse og Carter (2020) s. 140.

²⁹⁸ Se f.eks. Mantu og Minderhoud (2016) s. 16.

²⁹⁹ Uttalelse fra Generaladvokat Geelhoed i *Trojani*, C-456/02 avsn. 18.

³⁰⁰ Se unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b. Se kapittel 3.3.3 for retten til opphold.

³⁰¹ Se f.eks. fortalens 10. betraktning hvor det fremgår at det bør unngås at personer som «gør brug af retten til opphold, bliver en urimelig byrde for vortsmedlemsstatens sociale system».

³⁰² Se nærmere redegjørelse av direktivets rettigheter i kapittel 4.

Persongruppen det siktes til når det gjelder konseptet velferdsturisme er ikke-økonomisk aktive personer som har oppholdt seg i vertsstaten i mer enn tre måneder, og som ikke har status som arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller arbeidssøkende. Frem til de som befinner seg i denne persongruppen møter kriteriene for permanent opphold, begrenses retten til velferdsytelser etter direktivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b som krever at personen(e) har «tilstrekkelige midler» slik at han eller hun «ikke blir en byrde for vertsstatens [velferdssystem] under oppholdet».³⁰³ Dersom en unionsborger ikke er arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller har tilstrekkelige midler etter artikkel 7 nr. 1 bokstav b, kan vedkommende ikke kreve velferdsytelser. Dessuten er medlemsstatene etter artikkel 24 (2) unntatt fra å gi utdanningsstøtte i form av stipend eller studielån til andre personer enn lønnstakere eller selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer.³⁰⁴ Som jeg viste til i kapittel 4.3.1: Når en rettighet gir fordeler som ikke gjelder for alle, kan det være personer som forsøker å manipulere vilkårene i rettigheten for å oppnå en utilbørlig fordel.³⁰⁵ Vilkårene som må oppfylles for å ha krav på velferdsytelser åpner derfor for misbrukshensikt.

4.3.3.2 Dan og Brey – åpnes døren for et nytt eksempel på misbruk etter artikkel 35?

Ut fra det jeg har skissert etter *Martínez Sala*, *Baumbast*, *Trojani* og *Bidar* kunne det synes som om medlemsstatenes frykt for velferdsturisme kunne bli reell – ved at ikke-økonomisk aktive hadde krav på velferdsytelser på lik linje med økonomisk aktive. EU-domstolens dom i *Brey* og *Dano* markerer imidlertid skillet mellom unionsborgere som er økonomisk aktive og de som ikke er det. I disse dommene synes EU-domstolen å ha tatt hensyn til medlemsstatenes frykt for velferdsturisme og etterstrebet en balanse mellom retten til fri bevegelighet for personer, og medlemsstatenes interesse i å unngå at unionsborgere som ikke er deres egne statsborgere skal bli en urimelig byrde på deres velferdssystem.³⁰⁶

Brey gjaldt en tysk statsborger som var bosatt i Østerrike med sin ektefelle, som mottok ytelser fra tyske trygdemyndigheter. Paret hadde ingen annen inntekt eller formue, og Breys søknad om utligningstillegg av østerrikske trygdemyndigheter ble avslått fordi søknaden viste at han ikke hadde tilstrekkelige midler til å ha lovlig opphold i Østerrike.³⁰⁷ Østerriksk rett hadde altså en direkte forbindelse mellom betingelsene for å motta utligningstillegg og betingelsene for å

³⁰³ For en fremstilling av vilkåret «tilstrekkelige midler» se f.eks. Guild, Peers og Tomkin (2019) s. 136 flg.

³⁰⁴ Unionsborgerdirektivet artikkel 24 (2).

³⁰⁵ Se kapittel 4.3.1 med sitatet hentet fra SWD/2014/0284 final under punkt 2 «Definitions».

³⁰⁶ Se også Franklin (2024) s. 10.

³⁰⁷ *Brey*, C-140/12, avsn. 16–17.

oppnå lovlig oppholdsrett i mer enn tre måneder. EU-domstolen ble bedt om å ta stilling til spørsmålet om unionsborgerdirektivet skal fortolkes slik at det er til hinder for nasjonal lovgivning som utelukker tildeling av en ytelse som utligningstillegget, til en statsborger fra en annen medlemsstat som er ikke-økonomisk aktiv, fordi vedkommende ikke oppfyller betingelsene for å oppnå oppholdsrett på mer enn tre måneder, idet en slik oppholdsrett er betinget av at vedkommende har tilstrekkelige midler til å ikke søke om det nevnte tillegget jf. artikkel 7 nr. 1 bokstav b.

Med henvisning til blant annet *Martínez Sala*, *Trojani* og *Bidar* uttalte EU-domstolen at det ikke er noe til hinder for at utbetaling av velferdsytelser til unionsborgere som er ikke-økonomisk aktive, er betinget av at disse oppfyller betingelsene for lovlig oppholdsrett i vertsmedlemsstaten.³⁰⁸ EU-domstolen framhevet at betingelsen i direktivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b om at unionsborgere som er ikke-økonomisk aktive skal råde over tilstrekkelige midler, har som formål å unngå at disse personene blir en urimelig byrde for vertsstatens velferdssystem slik det følger av fortalens 10. betraktning.³⁰⁹

Betingelsene som unionsborgerdirektivet fastsetter for å unngå at personer skal bli en urimelig byrde for vertsstaten (som at ikke-økonomisk aktive skal råde over tilstrekkelige midler) måtte derfor anses som «lovlige restiktioner» når det gjelder tildeling av velferdsytelser.³¹⁰

EU-domstolen avklarte også at begrepet «sociale system» ikke skal fastlegges ut fra formelle kriterier, men ut fra formålet med bestemmelsen. Det må derfor tolkes som en henvisning til alle støtteordninger som er opprettet av offentlige myndigheter, og som en person er berettiget til, hvis vedkommende ikke har midler som er tilstrekkelig til at han eller hun kan forsørge seg og sine familiemedlemmer, og derfor risikere å bli en byrde for vertsmedlemsstatens velferdssystem som kan ha en konsekvens for det samlede støttebeløpet som kan utbetales av staten.³¹¹

Unionsborgere som er ikke-økonomisk aktive og som ikke oppfyller betingelsene i artikkel 7 nr. 1 bokstav b, har derfor ikke krav på samme rettigheter som økonomisk aktive personer etter artikkel 7 nr. 1 bokstav a. Uttalelsen i *Brey* gjør det klart at unionsborgerskapet likevel er avhengig av økonomisk aktivitet for at unionsborgere skal oppnå lik behandling som

³⁰⁸ *Ibid.* avsn. 44.

³⁰⁹ *Ibid.* avsn. 54.

³¹⁰ *Ibid.* avsn. 57.

³¹¹ *Ibid.* avsn. 60-61.

vertsstatens egne statsborgere, til tross for formålet om å oppnå et sterkt unionsborgerskapskonsept uavhengig av EU-borgeres økonomiske aktivitet.

I *Dano* tillot EU-domstolen Tyskland å utelukke en ikke-økonomisk aktiv mor fra Romania, fra å motta ikke-bidragspliktige ytelser som muliggjør et eksistensminimum (altså det minimum en må ha for å kunne overleve). Begrunnelsen var at hun ikke oppfylte kravene til opphold i direktivets artikkel 7. EU-domstolen fant at enhver unionsborger kan påberope diskrimineringsforbudet i TEUV artikkel 18 som også omfatter den grunnleggende friheten til fri bevegelighet og opphold etter TEUV artikkel 20 nr. 2 og artikkel 21. Domstolen baserte imidlertid avgjørelsen på fortolkningen av unionsborgerskapsdirektivet og diskrimineringsforbudet slik det er presisert i direktivets artikkel 24. Dertil uttalte EU-domstolen at «for så vidt angår adgangen til sociale ydelser som de i hovedsagen omhandlede kan en unionsborger kun kræve rett til samme behandling som værtsmedlemsstatens statsborgere, såfremt den pågældendes opphold på værtsmedlemsstatens område overholder betingelserne i direktiv 2004/38».³¹²

På samme måte som i *Brey*, la EU-domstolen vekt på at betingelsene som følger av unionsborgerdirektivet må være oppfylt for at en unionsborger skal ha krav på velferdsytelser. Dommen i *Dano* bekrefter derfor at unionsborgere ikke kan kreve likebehandling etter direktivets artikkel 24, med mindre de har rett til opphold etter artikkel 7, i alle fall innenfor deres 5 første år i medlemsstaten.³¹³

I *Dano* og *Brey* er det avgjørende for krav på velferdsytelser om vilkårene for opphold er oppfylt eller ikke. Som nevnt kan det imidlertid tenkes at vilkårene for å oppnå velferdsytelser er oppfylt ved misbruk. I *Dano* uttalte EU-domstolen at:

«En medlemsstat skal [...] i henhold til nævnte artikkel 7 have mulighed for at afslå at indrømme sociale ydelser til ikke-erhvervsaktive unionsborgere, som udøver deres rett til fri bevægelighed *alene med det formål at opnå social bistand i en anden medlemsstat,*

³¹² *Dano*, C-333/13 avsn. 69.

³¹³ Jesse og Carter (2020) s. 148. Se EU-domstolens etterfølgende praksis som opprettholder forbindelsen mellom rett til opphold og rett til likebehandling i *Alimanovic*, C-67/14 og *García Nieto*, C-299/14.

selv om de ikke råder over tilstrækkelige midler til at kunne gøre krav på en ret til ophold» [uthevet her].³¹⁴

Spørsmålet er imidlertid om det kan være andre scenario som ikke kunne ha blitt håndtert under kravene som ble oppstilt i *Brey og Dano* – som da eventuelt vil måtte behandles etter artikkel 35. Omstendigheten at medlemsstatene ikke må gi velferdsytelser til ikke-økonomisk aktive som utøver retten til fri bevegelighet «alene med det formål at opnå social bistand i en anden medlemsstat», synes å åpne døren for at enkelte tilfeller av velferdsturisme kan falle inn under artikkel 35. Et mulig scenario er at en unionsborger har et familiemedlem som trenger økonomisk hjelp, og som flytter til et annet medlemsland for å arbeide og dermed gi familiemedlemmet avledet rett til velferdsytelser. Det er her EU-domstolen sin dom i *GV* kan plasseres, som jeg skal analysere straks nedenfor.

4.3.3.3 GV – Generaladvokaten lar døren stå åpen

Dommen i *GV* ble avsagt 21. desember 2023 og gjaldt rett til velferdsytelser til et familiemedlem som forsørges av en migrerende unionsborger.³¹⁵ *GV*, en rumensk statsborger, sluttet seg til sin datter i Irland, hvor datteren var arbeidstaker og hadde ervervet irsk statsborgerskap ved naturalisering.³¹⁶ Det var på det rene at *GV* hadde lovlig opphold i Irland som forelder til en migrerende EU-arbeidstaker. *GV* led imidlertid av gikt, som førte til at hun søkte om invaliditetsytelse i Irland, som er en bistandsytelse som har som formål å beskytte mot fattigdom.³¹⁷ Mot denne bakgrunn ble det reist spørsmål om en forelder som har rett til opphold i en vertsstat som følge av at vedkommende forsørges av en migrerende EU-arbeidstaker, mister retten til opphold som følge av å ha søkt om velferdsytelser i vertsstaten. EU-domstolen konkluderte med at *GV* ikke kunne bli nektet velferdsytelsen, uten å ta stilling til risikoen for velferdsturisme og misbruk.

Spørsmålet om misbruk ble derimot drøftet av Generaladvokat Tamara Čapetas i hennes rådgivende uttalelse i saken.³¹⁸ Temaet kom på spissen for generaladvokaten sin del som følge av at enkelte medlemsstater hadde uttrykt bekymring med hensyn til unionsborgere som velger

³¹⁴ *Dano*, C-333/13 avsn. 78.

³¹⁵ *GV*, C-488/21.

³¹⁶ Naturalisering innebærer at en person opptas som statsborger i et land der vedkommende ikke er født eller har hatt statsborgerskap før ved søknad.

³¹⁷ Uttalelse fra Generaladvokat Čapeta i *GV*, C-488/21, avsn. 4-7.

³¹⁸ *GV*, C-488/21, avsn. 72.

å flytte til landene deres, utelukkende for å dra fordel av deres velferdssystem.³¹⁹ Čapeta uttalte at slik praksis «ofte betragtes som misbrug af retten til fri bevægelighed» og viste til EU-domstolen sin avgjørelse i *Dano*, hvor det ble fastslått at ikke-økonomisk aktive unionsborgere som har utøvet retten til fri bevegelse utelukkende med formål om å oppnå sosial bistand i vertsstaten, ikke har rett til likebehandling i henhold til unionsborgerdirektivet.³²⁰

Čapeta reiste spørsmål om misbruk kan finne sted når en ikke-økonomisk aktiv EU-borger har avledet rett til opphold og rett til likebehandling fra en migrerende EU-arbeidstaker, som er en økonomisk aktiv EU-borger. Hun uttalte at «[m]an kunne muligvis forestille sig en situation, hvor en unionsborger besluttete at udøve beskæftigelse (eller at blive selvstændig erhvervsdrivende) i en anden medlemsstat end vedkommendes oprindelsesmedlemsstat udelukkende for at gøre det mulig for sin(e) slægtning(e) i opstigende linje at gøre krav på social bistand i værtsmedlemsstaten».³²¹ Videre uttalte hun at:

«Selv om jeg ikke kan forestille mig det, kan jeg ikke helt udelukke, at misbrug kan forekomme. I disse situationer ville artikkel 35 i direktiv 2004/38, som blev vedtaget specifikt for at forebygge risikoen for misbrug, samt retspraksis i *Dano*-dommen kunne anvendes til at forhindre, at en sådan risiko bliver til virkelighed».³²²

Generaladvokaten mener derfor ganske klart at artikkel 35 åpner for misbruk ved velferdsturisme, her at en unionsborger bestemmer seg for å bli arbeidstaker (eller selvstendig næringsdrivende) utelukkende for å gjøre det mulig for slektning(er) å gjøre krav på velferdsytelser i vertsstaten. Jeg er enig i denne vurderingen om at artikkel 35 bør åpne for misbruk i sammenheng med velferdsturisme. Men hvordan skal det etableres at det foreligger misbruk ved velferdsturisme?

Utgangspunktet for vurderingen må naturligvis være den kumulative testen som ble etablert i *Emsland Stärke*, herunder at det må foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter, der EU-bestemmelsens formål ikke er oppnådd, selv om vilkårene i bestemmelsen formelt er

³¹⁹ Uttalelse fra Generaladvokat Čapeta i *GV*, C-488/21 avsn. 141 med henvisning til klage fra ministrene i Østerrike, Tyskland, Nederland, Storbritannia og Nord-Irland fra 2013 over «svig og misbrug i forbindelse med den frie bevegelse».

³²⁰ *Ibid.* med henvisning til *Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle*, C-181/19, avsn. 68.

³²¹ *Ibid.* avsn. 141.

³²² *Ibid.* avsn. 142.

oppfylt. For det andre kreves det hensikt om å oppnå en fordel av EU-bestemmelsene ved kunstig å skape vilkårene som kreves for å oppnå denne fordelene.³²³

Når det kommer til det objektive kravet, har unionsborgerdirektivet som formål å unngå at personer som utøver retten til fritt opphold, ikke bør bli en urimelig byrde for vertsstatens velferdssystem i den første oppholdsperioden.³²⁴ Velferdsturisme må derfor anses å være i strid med formålet til unionsborgerdirektivet. Som EU-domstolen har uttalt i *Alimanovic* må det merkes at de velferdsytelsene som gis den enkelte søker, vanskelig kan anses å utgjøre «en urimelig byrde» for en medlemsstat, idet denne byrden først oppstår når samtlige personlige søknader som er sendt til medlemsstaten legges sammen.³²⁵ Det må altså ikke gjøres en individuell vurdering av om den enkelte EU-borgeren som flytter til en annen medlemsstat for å oppnå velferdsytelser, alene vil utgjøre en urimelig byrde.

På samme tid er det vanskelig å se for seg hvordan den kumulative testen som ble etablert i *Emsland-Stärke* vil passe på alle mulige tilfeller av misbruk i sammenheng med velferdsturisme.³²⁶ Det kan derfor tenkes at fastleggelsen av om det foreligger misbruk slik det følger av *Emsland-Stärke*, ikke alltid vil være den riktige fremgangsmåten for å fastlegge at det foreligger misbruk.³²⁷ Det må i alle fall skilles klart mellom hvorvidt det er et tilfelle hvor den ikke-økonomisk aktive unionsborgeren ikke oppfyller vilkårene i artikkel 7, og tilfeller hvor vedkommende oppfyller vilkårene ved misbruk.

Artikkel 35 og det generelle prinsippet om misbruk er viktige unntak fra EU-rettslige regler, som illustreres av drøftelsen over som har vist at artikkel 35 kan brukes for å beskytte medlemsstatenes velferdssystemer mot velferdsturisme. Det kan imidlertid reises spørsmål om frykten for velferdsturisme er reell: I en undersøkelse bestilt av Kommisjonen i 2016, ble det ikke funnet grunnlag for å anta at unionsborgeres motivasjon med å flytte kan relateres til ytelser.³²⁸ De fleste som reiser er ikke motivert av å oppnå velferdsytelser, men høyere

³²³ *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 53.

³²⁴ Se kapittel 4.3.3.1.

³²⁵ *Alimanovic*, C-67/14 avsn. 62.

³²⁶ Misbruk omfatter for eksempel ikke såkalt «rough sleeping» (hjemløse/uteliggere) som har vært et problem i Storbritannia, og kunne derfor ikke brukes som hjemmel til å utsende hjemløse EU-borgere, se Evans (2020) s. 302 flg. En måtte derfor her falle tilbake på de andre unntakene i unionsborgerdirektivet artikkel 27-33, hvor det ikke er tilstrekkelig å begrunne utsendelsen i «general economic and social detriment». Det kan derfor tenkes at testen må endres for å kunne omfatte former for misbruk som ikke kan subsumeres under denne.

³²⁷ Se også Snell (2011) s. 223 flg.

³²⁸ Uttalelse fra Generaladvokat Capeta i *GV*, C-488/21 med henvisning til Mantu og Minderhoud (2016).

lønninger. Når EU-domstolen har fastslått at ikke-økonomisk aktive unionsborgere som har utøvet retten til fri bevegelighet utelukkende med formål om å oppnå sosial bistand i vertsstaten, ikke har rett til likebehandling i henhold til unionsborgerdirektivet, begrenser det også muligheten for velferdsturisme.

Det kan også spørres om velferdsturisme i det hele tatt *bør* anses som en form for misbruk. Årsaken er at begrensninger på retten til fri bevegelighet og opphold ofte rammer den gruppen av unionsborgerne som er dårligst stilt i samfunnet. Unionsborgerdirektivet, som innebærer at lovlig opphold forutsettes av at vilkårene i artikkel 7 er oppfylt, favoriserer allerede økonomisk aktive mennesker.³²⁹ Økonomisk aktive fortsetter derfor å ha en privilegert posisjon i EU.³³⁰ Når direktivet allerede faller for kort med tanke på å gi sårbare unionsborgere rettigheter som velferdsytelser,³³¹ er det derfor ikke gitt at velferdsturisme bør omfattes av artikkel 35.

Når artikkel 35 er vedtatt spesifikt for å forebygge risikoen for misbruk og kan omfatte velferdsturisme, gjenstår det å se om EU-domstolen vil bli forelagt en sak hvor spørsmålet om velferdsturisme blir satt på spissen og løst med grunnlag i artikkel 35.

4.4 Løsningen av fortolkningen av artikkel 35 i EU

Drøftelsen i kapittel 4 har vist at misbruk må skilles fra bedrageri og fra legitim bruk av rettigheter, hvor grensen mellom legitim bruk og misbruk er avhengig av en materiell avgrensning av den aktuelle rettigheten som påstås misbrukt, ut fra hva som er formålet med rettigheten. Fastleggelsen av misbruk baseres videre på en kumulativ test, som for det første innebærer at det må foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter, der EU-bestemmelsens formål ikke er oppnådd, selv om vilkårene i bestemmelsen formelt er oppfylt. For det andre kreves det hensikt om å oppnå en fordel av EU-bestemmelsene ved kunstig å skape vilkårene som kreves for å oppnå denne fordelene.³³² Videre har EU-domstolen i *McCarthy II* bekreftet at artikkel 35 er en kodifisering av det generelle prinsippet, ved å overføre testen som gjelder for å etablere misbruk etter denne, med hud og hår til artikkel 35. Jeg har også etablert at prinsippet gjelder uavhengig av om det finnes en bestemmelse i nasjonal rett som kodifiserer prinsippet eller ikke.

³²⁹ Jesse og Carter (2020) s. 157.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 53.

Videre omfatter artikkel 35 misbruk i sammenheng med proformaekteskap, samtidig som ordlyden åpner for at andre former for misbruk kan omfattes av bestemmelsen. Eksemplene jeg har funnet og vurdert er unngåelse av straffeforfølgelse, skatteunndragelse, andre proformaforhold, menneskehandel som f.eks. ulovlig adopsjon, barneekteskap og tvangsekteskap og velferdsturisme. Det gjenstår imidlertid å se om disse formene for misbruk vil bli satt på spissen i EU-domstolens rettspraksis.

Artikkel 35 har med dette et større potensial enn hva andre forfattere har lagt til grunn. Det er likevel viktig å merke seg at artikkel 35 utgjør et unntak fra den grunnleggende retten til fri bevegelse og derfor må tolkes strengt. Samtidig må bestemmelsen tolkes med forbehold om proporsjonalitetsprinsippet og grunnleggende menneskerettigheter, i tillegg til at tiltak utelukkende kan begrunnes i den berørtes personlige atferd.

5. Fortolkningen av artikkel 35 i EØS

5.1 Utgangspunktet for tolkningen

I kapittel 4 har jeg fastlagt den EU-rettslige fortolkningen av unionsborgerdirektivet artikkel 35 i tråd med det første trinnet i tolkningsprosessen som gjelder ved fortolkningen av EØS-regelverk som er tatt over fra EU-retten.³³³ I korthet uttrykker bestemmelsen det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter, som fastsettes etter en todelt test som inneholder et objektivt og et subjektiv element.³³⁴ Videre åpner ordlyden «f.eks.» for at andre former for misbruk enn proformaekteskap kan omfattes, hvor jeg har gitt konkrete eksempler på hva dette kan være.³³⁵ I dette kapitlet skal jeg gå videre til det andre trinnet i tolkningsprosessen, hvor siktemålet er å vurdere om den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten eller om det foreligger et EØS-rettslig hinder for å følge denne i EØS-rettslig sammenheng.³³⁶

Homogenitetsprinsippet innebærer at unionsborgerdirektivet artikkel 35 som utgangspunkt og klar hovedregel skal tolkes og anvendes på samme måte EØS som i EU.³³⁷ Det er imidlertid ikke slik at homogenitetsprinsippet automatisk fører til at den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten, hvor spørsmålet videre er om det foreligger omstendigheter som kan føre til brudd med målsetningen om ensartet fortolkning av EU/EØS-retten når det gjelder unionsborgerdirektivet artikkel 35.³³⁸

Det er flere faktorer som kan innebære brudd med målsetningen om ensartet fortolkning av unionsborgerdirektivet artikkel 35 i EU og EØS, hvor jeg i dette kapitlet vil gå nærmere inn på disse. Dette gjelder felleserklæringen som ble vedtatt da unionsborgerdirektivet ble tatt inn i EØS-avtalen (5.2), hvorvidt EFTA-domstolen har foretatt enn avvikende fortolkning av artikkel 35 i sin rettspraksis (5.3), om forskjellen mellom Pakten og EMK kan ha betydning (5.4) og til slutt manglende gjennomføring av EU-direktiv i EØS (5.5).

³³³ Se kapittel 2 for en nærmere redegjørelse av tolkningsprosessen og metodiske betraktninger.

³³⁴ Se kapittel 4.

³³⁵ Se kapittel 4.3.

³³⁶ Se kapittel 2.

³³⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 358 flg. og kapittel 2.

³³⁸ *Ibid.* s. 359.

5.2 Betydningen av felleserklæringen

En første grunn som kan tenkes å føre til et brudd med målsetningen om ensartet fortolkning, er felleserklæringen som ble vedtatt da unionsborgerdirektivet ble tatt inn i EØS-avtalen.³³⁹ I erklæringen uttales det blant annet at begrepet «unionsborgerskap» og innvandringspolitikk ikke inngår i EØS-avtalen, samt at avtalen ikke får anvendelse for tredjelandsborgere med særskilte unntak for avledede rettigheter for tredjelandsborgere som er familiemedlem til en migrerende EØS-statsborger.³⁴⁰

EFTA-domstolen er imidlertid blitt forelagt flere saker hvor den har tatt stilling til felleserklæringens betydning i EØS-retten. I disse ser erklæringen ut til å ha hatt begrenset betydning for fortolkningen av direktivet, og derfor også artikkel 35.³⁴¹ Jeg avgrenser derfor mot å gå nærmere inn på denne problemstillingen. Det som likevel er verdt å merke seg er at unionsborgerskapet ikke har en parallell i EØS-avtalen, og at betegnelsen «unionsborger(e)» er endret og erstattet med betegnelsen «statsborger(e) i EU-medlemsstatene og EFTA-statene» ved anvendelsen av direktivet i EØS-rettslig kontekst.³⁴²

5.3 EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35

5.3.1 Sak E-4/19 *Campbell v Norge*

Etter min kunnskap er *Campbell* den første saken der EFTA-domstolen har tatt stilling til unionsborgerdirektivet artikkel 35.³⁴³ Saken gjaldt rett til avledet rett til opphold for en tredjelandsborger etter retur fra en annen EØS-stat, hvor det sentrale spørsmålet i saken var om EØS-borgeren falt under virkeområdet for retten til fri bevegelighet for arbeidstakere etter EØS-retten.³⁴⁴ I saken var det ikke fremsatt noen påstand om misbruk av rettigheter, men EFTA-domstolen påpekte at EØS-rettens virkeområde ikke kan utvides til å omfatte misbruk.³⁴⁵

³³⁹ Se Felleserklæringen fra avtalepartene i EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ For en utførlig fremstilling av felleserklæringens betydning, se Franklin og Fredriksen (2022) s. 297 flg. med henvisning til blant annet sak E-15/12, *Wahl v Island*; sak E-26/13, *Gunnarsson v Island*, sak E-28/15 *Jabbi v Norge* og sak E-4/19 *Campbell v Norge*.

³⁴² Beslutning nr. 158/2007 artikkel 1 bokstav c.

³⁴³ E-4/19 *Campbell*.

³⁴⁴ *Ibid.* avsn. 19-41.

³⁴⁵ *Ibid.* avsn. 69 og 72.

Med henvisning til *McCarthy II* og *Metock*, viste EFTA-domstolen til at begrensninger av rettighetene i direktivet bare kan skje i tråd med unionsborgerdirektivet artikkel 27 og 35.³⁴⁶ Domstolen viste videre til at beslutning om tiltak etter artikkel 35 forutsettes av for det første en kombinasjon av objektive omstendigheter der regelens formål ikke er oppnådd til tross for at vilkårene i EØS-reglene formelt er oppfylt.³⁴⁷ For det andre forutsettes det et subjektivt element bestående av en hensikt om å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape de vilkår som er fastsatt for å oppnå denne fordel.³⁴⁸ EFTA-domstolen overførte dermed det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter slik det er utviklet i EU-domstolens rettspraksis til å gjelde også innenfor EØS. Dessuten påpekte EFTA-domstolen at «det faktum at en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat ikke i seg selv [utgjør] et misbruk» med henvisning til *Akrich* som omtalt i kapittel 4.1.3.4.³⁴⁹

Selv om spørsmålet om misbruk ikke ble satt på spissen i *Campbell*, gir EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken anvisning på at EFTA-domstolen følger EU-domstolens rettspraksis tilknyttet det generelle prinsippet om misbruk. Dette tilsier at det er sammenfall mellom EFTA-domstolen og EU-domstolens rettspraksis ved fortolkningen av artikkel 35. De to andre dommene jeg skal analysere i 5.3.2 og 5.3.3, handler om saker der proformaekteskap som et konkret eksempel på misbruk har blitt vurdert. Disse kan derfor gi et ytterligere bidrag til vurderingen av om EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35 sammenfaller med EU-domstolens og mine tolkningsresultater omtalt i kapittel 4.

5.3.2 Sak E-1/20 *Kerim v Norge*

Den 9. februar 2021 ga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse som svar på spørsmål forelagt av Norges Høyesterett i en sak om tolkningen av misbruksbegrepet i unionsborgerdirektivet artikkel 35.³⁵⁰ Bakgrunnen for saken var at Kerim – en afghansk statsborger – tok seg til Romania i 2009 der han søkte om beskyttelse. I april 2012 møtte han en rumensk statsborger, og de inngikk et religiøst ekteskap samme året og et borgerlig ekteskap i 2015. Noen måneder senere flyttet de til Norge, der Kerim søkte om oppholdskort som familiemedlem til EØS-borger. Søknaden ble imidlertid avslått fordi utlendingsmyndighetene mente at ekteskapet var inngått med hovedformål om å oppnå oppholdsrett. Ekteskapet ble derfor ansett å være et

³⁴⁶ Se kapittel 4.1.3. og E-4/19 *Campbell* avsn. 69.

³⁴⁷ E-4/19 *Campbell* avsn. 70 med henvisning til *O. og B.*, C-456/12, avsn. 58 omtalt i kapittel 4.1.3.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.* avsn. 71.

³⁵⁰ Se nærmere redegjørelse av HR-2021-1435-A i kapittel 6.

proformaekteskap i medhold av utlendingsloven § 120 sjette ledd som gjennomfører unionsborgerdirektivets artikkel 35.³⁵¹

Høyesterett ba i hovedsak om veiledning med hensyn til hva som utgjør et proformaekteskap i direktivets forstand.³⁵² EFTA-domstolen uttalte at direktivet ikke gir noen definisjon av proformaekteskap, men at «uttrykket er nevnt i artikkel 35 som et *eksempel* på misbruk av rettigheter eller bedrageri» [uthevet her].³⁵³ Den la videre til grunn at artikkel 35 er «uttrykk for det generelle prinsipp om forbud mot misbruk av rettigheter» og at proformaekteskap må tolkes i samsvar med prinsippet.³⁵⁴ Med henvisning til *Campbell* kom den til at «fastsettelsen av misbruk av rettigheter etter EØS-retten er basert på en kumulativ test som kombinerer objektive og subjektive elementer».³⁵⁵ Mot denne bakgrunn uttalte EFTA-domstolen at «[proformaekteskap], som et eksempel på misbruk av rettigheter, må (...) innebære ond tro hos den berørte part og samtidig kunstig skape vilkårene fastsatt for å oppnå en slik fordel som innebærer at direktivets formål ikke oppnås».³⁵⁶ Gjengivelsen av EFTA-domstolens argumentasjon her viser at den anser proformaekteskap som et eksempel på misbruk, som understøtter at artikkel 35 ikke er uttømmende og omfatter andre former for misbruk.

I EFTA-domstolens konkrete vurdering av hva som skal til for å fastslå at det foreligger et proformaekteskap, uttalte den at begrepet proformaekteskap i direktivet må «tolkes autonomt og på en ensartet måte i samsvar med EØS-retten, og kan ikke være gjenstand for ulike tolkninger i EØS-statene».³⁵⁷ Videre framhevet domstolen at enhver tolkning av direktivet må foretas i lys av og i tråd med grunnleggende rettigheter og friheter.³⁵⁸ EFTA-domstolen pekte på at familiemedlemmers avledede rettigheter til opphold er knyttet til EØS-borgerens frihet og verdighet, og at det ved vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap må sees hen til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 om rett til privatliv og

³⁵¹ E-1/20 *Kerim* avsn. 18-21.

³⁵² *Ibid.* avsn. 34; I den norske språkversjonen av dommen presiseres det at «Norsk språkversjon av direktivet bruker «proforma», mens engelsk språkversjon bruker «marriage of convenience». I det følgende vil «marriage of convenience» omtales som «omgåelsesekteskap» bortsett fra i sitater». EFTA-domstolen benytter derfor begrepet «omgåelsesekteskap» fremfor begrepet «proformaekteskap». Jeg bruker imidlertid proformaekteskap for enkelthets skyld, ettersom det er dette begrepet jeg har benyttet i oppgaven.

³⁵³ *Ibid.* avsn. 35.

³⁵⁴ *Ibid.* avsn. 36.

³⁵⁵ *Ibid.* avsn. 37.

³⁵⁶ *Ibid.* avsn. 40.

³⁵⁷ *Ibid.* avsn. 40 og 46.

³⁵⁸ *Ibid.* avsn. 42.

familieliv, der dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er viktige kilder for å fastslå omfanget av disse grunnleggende rettighetene.³⁵⁹

EFTA-domstolen uttalte videre at det er nødvendig å avklare hva som utgjør et «reelt ekteskap» altså et ekteskap som ikke utgjør misbruk av rettigheter etter direktivet artikkel 35, for å kunne fastslå betydningen og virkeområdet for direktivet artikkel 35 i den grad den gjelder misbruk i sammenheng med proformaekteskap.³⁶⁰ Dette er en parallell til EU-domstolens vurdering av om det foreligger misbruk, som beror på en materiell avgrensning av rettigheten som er tillagt den enkelte person og dermed hva som er formålsstridig bruk av rettigheten og ikke (retten opphører når misbruket begynner).³⁶¹ Med andre ord er hva som anses som et proformaekteskap avhengig av en vurdering av hva som utgjør et reelt ekteskap.

Når det gjelder skillet mellom et reelt ekteskap og et proformaekteskap, viste EFTA-domstolen til Kommisjonens anførsler om at et ekteskap ofte kjennetegnes av ektefellenes intensjon om å sammen skape en varig familieenhet som ektepar.³⁶² Et proformaekteskap derimot, kjennetegnes av mangelen på en slik intensjon.³⁶³ Proformaekteskap er ofte 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.³⁶⁴ Dertil påpekte EFTA-domstolen at ekteskap kan ha mange former, f.eks. at et ekteskap inngås spontant uten betenkningstid.³⁶⁵ Den presiserte imidlertid at slike ekteskap ikke utgjør misbruk med mindre det «hovedsakelige formål er uberettiget oppnåelse av en rettighet etter EØS-retten som en eller begge parter ikke hadde inngått ekteskapet uten».³⁶⁶ Et ekteskap kan altså ha blitt inngått av flere grunner – blant annet å etablere rett til opphold. I likhet med EU-domstolens argumentasjon i *Akrich* påpekte EFTA-domstolen at ettersom fordelene følger naturlig av utøvelsen av rettigheten, betyr det ikke nødvendigvis at ekteskapet utgjør misbruk.³⁶⁷

³⁵⁹ *Ibid.* avsn. 42-43 med videre henvisninger.

³⁶⁰ *Ibid.* avsn. 46.

³⁶¹ Se kapittel 4.1.3.

³⁶² E-1/20 *Kerim* avsn. 47.

³⁶³ *Ibid.* avsn. 47.

³⁶⁴ *Ibid.* avsn. 47.

³⁶⁵ *Ibid.* avsn. 47.

³⁶⁶ *Ibid.* avsn. 47.

³⁶⁷ Se kapittel 4.1.3 for en nærmere redegjørelse av *Akrich*, C-109/01.

Mot denne bakgrunn fant EFTA-domstolen at et proformaekteskap er et ekteskap som ikke oppfyller testen på et reelt ekteskap.³⁶⁸ I situasjoner der nasjonale myndigheter finner tvil om et ekteskap er reelt, uttalte EFTA-domstolen at myndighetene bør bringe på det rene om minst én av ektefellene inngikk ekteskapet hovedsakelig for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå en uberettiget fordel. Dertil uttalte EFTA-domstolen at med «hovedsakelig» forutsettes det 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 bevegelse 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».³⁶⁹

Vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap innebærer derfor en vurdering av 1) om det foreligger tvil om ekteskapet er reelt. Hvis svaret er ja, 2) om 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.³⁷⁰

Angående spørsmålet om referansepersonens hensikt med ekteskapsinngåelsen har betydning for vurderingen, uttalte EFTA-domstolen at siden 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».³⁷¹ EFTA-domstolen konkluderte følgelig med at EØS-borgerens subjektive hensikt med å inngå et ekteskap med en tredjelandsborger må tas i betraktning.³⁷²

³⁶⁸ E-1/20 *Kerim* avsn. 49.

³⁶⁹ *Ibid.* med henvisning til *Cussens m.fl.* C-251/16, avsn. 53.

³⁷⁰ Se også Franklin og Helle (2023) s. 746 og ESA sak nr. 78450, brev av 7. september 2021. Tilgjengelig her: <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Supplementary%20request%20for%20information%20-%20assessment%20of%20marriages%20of%20convenience.pdf>

³⁷¹ E-1/20 *Kerim* avsn. 57.

³⁷² *Ibid.* avsn. 58.

Analysen av *Kerim* har vist at EFTA-domstolen bygger sin uttalelse på EU-domstolens rettspraksis om prinsippet om misbruk av rettigheter, og tar utgangspunkt i den todelte testen som ble etablert i *Emsland-Stärke* for å utlede vurderingen for fastleggelsen av misbruk i sammenheng med proformaekteskap. Det må imidlertid merkes at EU-domstolen ikke har tatt stilling til spørsmålet om fastleggelsen av proformaekteskap innebærer et krav om at ektefellene inngikk ekteskapet «utelukkende» eller «hovedsakelig» for at tredjelandsborgeren urettmessig skulle oppnå retten til fri bevegelse og opphold.³⁷³ EFTA-domstolen kan anses å ha løst diskusjonen ved å ha benyttet uttrykket «hovedsakelig», men det gjenstår fremdeles å se om EU-domstolen vil legge samme krav til grunn eller ikke. Ut fra EU-domstolens rettspraksis, samt min fortolkning av artikkel 35 og proformaekteskap, må det imidlertid etter *Kerim* anses å være sammenfall mellom EU-domstolen og EFTA-domstolens fortolkning av unionsborgerdirektivet artikkel 35.

5.3.3 Sak E-16/20 *Q m.fl. v Norge*

Bare 9 måneder etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Kerim*, ga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse som svar på spørsmål forelagt av Oslo tingrett også om tolkningen av unionsborgerdirektivet. Saken gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på Q (en tredjelandsborger) og hennes sønn A (en EØS-borger) sine søknader om oppholdstillatelse i Norge. Både Q og A hadde tidligere oppholdstillatelse som familiemedlemmer til C (ektemannen til Q og stefaren til A) som var migrerende EØS-arbeidstaker i Norge. På tidspunktet for anmodningen var C og Q fortsatt formelt gift, men C hadde søkt om skilsmisse i Hellas og Q om separasjon i Norge.³⁷⁴ Et av spørsmålene Oslo tingrett forela for EFTA-domstolen var om konklusjonen om at ekteskap mellom EØS-borgeren (C) og tredjelandsborgeren (Q) utgjorde et proformaekteskap ville påvirke As rett til opphold, når ekteskapet ble oppfattet som reelt for EØS-borgeren og barnet.³⁷⁵

EFTA-domstolen besvarte spørsmålet om proformaekteskap med utgangspunkt i forordning 492/2011 om fri rørsle for arbeidstakere.³⁷⁶ Ettersom forordningen ikke har en egen bestemmelse om misbruk av forordningens rettigheter, tok EFTA-domstolen utgangspunkt i det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter. Med henvisning til *Kerim* viste domstolen til at

³⁷³ Se kapittel 4.2.

³⁷⁴ E-16/20 *Q m.fl.* avsn. 13-26.

³⁷⁵ *Ibid.* avsn. 31 spørsmål nr. 3.

³⁷⁶ *Ibid.* avsn. 36. Det fremgår i avsnittet at begrunnelsen er at A er stebarnet til en EØS-borger som synes å ha vært økonomisk aktiv som arbeidstaker i Norge.

EØS-statene ifølge prinsippet kan «nekte, oppheve eller tilbakekalle enhver rettighet gitt etter EØS-retten ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, slik som et [proformaekteskap]». ³⁷⁷ På samme måte som EU-domstolen synes ikke EFTA-domstolen å oppstille et skille mellom det generelle prinsippet og artikkel 35, som understrekes av dens henvisning til *Kerim* (som fortolker artikkel 35 direkte) for å fastlegge prinsippets innhold.

EFTA-domstolen uttalte at det er opp til den anmodende domstol å vurdere om ekteskapet er et proformaekteskap, ut fra de konkrete forhold til den enkelte sak. ³⁷⁸ Den minnet videre om dens slutninger i *Kerim* om at et par kan ha inngått ekteskap av mange grunner, herunder blant annet for å etablere rett til opphold. ³⁷⁹ Dette betyr ikke nødvendigvis at ekteskapet utgjør misbruk av rettigheter, ettersom fordelene følger naturlig av utøvelsen av rettigheten». ³⁸⁰

Mot denne bakgrunn foretok EFTA-domstolen en viktig presisering når det gjelder testen som den oppstilte i *Kerim* for å fastlegge at det foreligger et proformaekteskap. Først pekte den på formålet med regelen gir avledet rett til EØS-borgernes ektefelle som er tredjelandsborgere, som er å gjøre det mulig for arbeidstakeren å fortsette familielivet som er etablert eller styrket, uten å begrense arbeidstakerens rett til fri bevegelighet. ³⁸¹ Domstolen uttalte at:

«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 (...). 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 [proformaekteskap]» [uthevet her]. ³⁸²

³⁷⁷ *Ibid.* avsn. 58.

³⁷⁸ *Ibid.* avsn. 59.

³⁷⁹ *Ibid.* avsn. 62.

³⁸⁰ *Ibid.* avsn. 62.

³⁸¹ *Ibid.* avsn. 65.

³⁸² *Ibid.* avsn. 66 med henvisning til *Akrich*, C-109/01, avsnitt 61.

EFTA-domstolen har dermed klargjort at dersom myndighetene etablerer at det foreligger et reelt forhold og at ekteskapet er en videreføring av dette, er det ikke nødvendig å gå videre til det andre spørsmålet om minst én av ektefellene har inngått ekteskapet hovedsakelig for å oppnå rettigheter etter EØS-retten. Dette understreker at myndighetene først må bringe på det rene om det foreligger et reelt ekteskap eller ikke. EFTA-domstolen sin fortolkning her må anses som en presisering av skillet mellom bruk og misbruk, her skillet mellom et reelt ekteskap og et proformaekteskap, og må derfor også anses å være i tråd med tolkningsresultatet i kapittel 4.

5.3.4 Oppsummering av EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35

Analysen over viser at EFTA-domstolens løsning både med hensyn til fortolkningen av artikkel 35 og proformaekteskap, sammenfaller med tolkningsresultatene som EU-domstolen og jeg har kommet frem til i kapittel 4. Vi ser derfor at den EU-rettslige løsningen overføres til EØS-retten og at homogenitetsprinsippet her gjelder fullt ut.

På samme tid bekrefter EFTA-domstolen min fortolkning av at artikkel 35 ikke er uttømmende, samtidig som dommene viser at hverken EU-domstolen eller EFTA-domstolen oppstiller et skille mellom det generelle prinsippet og artikkel 35. Dette gjør det klart at artikkel 35 er et konkret uttrykk for prinsippet om misbruk innenfor retten til fri bevegelighet og opphold, slik det følger av unionsborgerdirektivet. Dessuten har EFTA-domstolen oppstilt kriteriene for fastleggelsen av at det foreligger et proformaekteskap, og det gjenstår å se om EU-domstolen vil følge denne i sin rettspraksis dersom spørsmålet blir satt på spissen. Det samme gjelder om artikkel 35 vil bli utviklet med hensyn til andre former for misbruk enn proformaekteskap.

5.4 Betydningen av at Pakten ikke er en del av EØS

Som nevnt i kapittel 2 er ikke Pakten en del av EØS, slik at det kan oppstå et hull når artikkel 35 eventuelt skal fortolkes i EØS-rettslig sammenheng. Dette er imidlertid ikke særlig problematisk i tilfeller der Pakten har en parallell i EMK.³⁸³ Som EFTA-domstolens uttalelse i *Kerim* har vist bruker EFTA-domstolen EMK artikkel 8 når den viser til retten til privatliv og

³⁸³ Franklin og Fredriksen (2015) s. 646 med henvisning til sak E-4/11 *Clauder*, avsn. 49 hvor domstolen uttalte at retten til privatliv og familieliv slik det følger av EMK «is protected by Article 7 of the Charter of Fundamental Rights».

familieliv, som er parallellen til Paktens artikkel 7.³⁸⁴ Det er derfor neppe slik at mangelen på Pakten i EØS vil ha betydning og medføre unntak fra ensartethet med hensyn til artikkel 35.³⁸⁵

5.5 Fraværet av EU-rettsakter i EØS

Drøftelsen over har vist at fortolkningen av artikkel 35 overføres til EØS-retten uten begrensninger. Regelens materielle innhold må derfor anses lik i EU og EØS. Det er imidlertid slik at EU- og EØS-retten ikke har sammenfallende virkeområde og formål, hvor både EU- og EFTA-domstolen har anerkjent at dette kan føre til tolkningsforskjeller og derfor unntak fra homogenitetsprinsippet.³⁸⁶ For eksempel kan fraværet av EU-rettsakter i EØS-avtalen føre til ulikt resultat av like regler fordi EØS-reglene må anvendes i en annen rettslig sammenheng enn EU-reglene.³⁸⁷

Et slikt fravær gjør seg gjeldende for artikkel 35: Det nye direktivet om menneskehandel som jeg behandlet i kapittel 4.3 er ikke en del av Schengen-avtalen, og det er heller ikke markert EØS-relevant.³⁸⁸ Fraværet av det nye menneskehandelsdirektivet i EØS-avtalen er viktig å merke seg, ettersom menneskehandel kan omfattes av misbruksbegrepet i artikkel 35. Ulovlig adopsjon og tvangsekteskap kan derfor anses som spesifikke eksempler på misbruk, som kan omfattes av unionsborgerdirektivet artikkel 35.³⁸⁹ Som nevnt vil imidlertid både ulovlig adopsjon og tvangsekteskap omfattes av det nye menneskehandelsdirektivet.³⁹⁰ Når det nye direktivet vedtas, vil derfor disse formene for misbruk falle under dette, og ikke unionsborgerdirektivet artikkel 35.

Dette er bemerkelsesverdig, ettersom det nye menneskehandelsdirektivet mest sannsynlig ikke vil bli en del av EØS-avtalen. Dette innebærer at artikkel 35 kan ha en større funksjon i EØS enn i EU, siden ulovlig adopsjon og tvangsekteskap fremdeles kan behandles etter artikkel 35 i EØS-rettslig sammenheng. Unionsborgerdirektivet artikkel 35 har derfor en merverdi i EØS-sammenheng, idet artikkel 35 tjener som et hjemmelsgrunnlag for å bekjempe menneskehandel.

³⁸⁴ For en utførlig fremstilling av forholdet mellom Paktens art. 7 og EMK art. 8, se Kullmann (2021) s. 204 flg.

³⁸⁵ Det følger riktignok av Paktens artikkel 52 tredje ledd at EMK angir en minstestandard for beskyttelse, mens EU-rettens parallell kan «yde en mere omfattende beskyttelse».

³⁸⁶ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 363-364 med videre henvisninger.

³⁸⁷ *Ibid.* s. 364 med henvisning til andre eksempler.

³⁸⁸ For en utførlig fremstilling av EØS-relevans, se Sunde, Lunde og Sørebo kapittel 5 med videre henvisninger.

³⁸⁹ Se kapittel 4.3.2.

³⁹⁰ KOM/2022/732 endelig under «konsekvensanalysen» hvor dette tillegges i artikkel 2 (3), se kapittel 4.3.2.

6. Norges gjennomføring av artikkel 35

6.1 Innledning

6.1.1 Innledende betraktninger

Frem til nå har jeg fortolket artikkel 35 i EU-sammenheng, og lagt til grunn at den samme forståelsen også gjelder for EØS. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for EU-rettsakter å innlemmes i EØS-avtalen; de må gjennomføres i nasjonal rett for å ha internrettslige virkninger i Norge.³⁹¹ Siktemålet med dette kapittelet (kapittel 6) er å kartlegge, analysere og vurdere Norges gjennomføring av artikkel 35 i lov, nasjonal rettspraksis og innvandringsmyndighetenes praksis tilknyttet bestemmelsen. Innledningsvis vil jeg først gå gjennom hvordan direktivet ble gjennomført i norsk rett, for deretter å gå nærmere inn på bestemmelsen som gjennomfører artikkel 35, rettspraksis fra domstolene og utlendingsmyndighetenes praksis.

6.1.2 Gjennomføringen av unionsborgerdirektivet i utlendingsloven

Utlendingslovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001 og ble bedt om å utrede og utarbeide forslag til ny utlendingslov.³⁹² Utredningen ble fremsatt 19. oktober 2004 i NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*, et tidspunkt der direktiv 2004/38 fremdeles var under behandling i EØS-komiteen.³⁹³ Utvalget uttalte at «det ikke [er] klart hva som vil bli resultatet av [EØS-komiteens behandling], som ved siden av rent juridiske vurderinger også i noen grad beror på et politisk skjønn på EØS-nivå».³⁹⁴ Selv om utvalget la til grunn rettstilstanden som var i EØS på tidspunktet for slutføringen av sin innstilling, uttalte de at lovforslaget «er (...) utformet slik at det kan tilpasses det nye direktivet uten særlige tekniske problemer».³⁹⁵ Det videre arbeidet med den nye utlendingsloven ble derfor videre utført i to etapper: Først ble den nye utlendingsloven, lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter kalt utlendingsloven 2008, forkortet utlendl.) vedtatt, mens kapitlet om statsborgere fra EØS/EFTA ble stående åpent.³⁹⁶

³⁹¹ Se kapittel 2.

³⁹² NOU 2004:20, s. 3.

³⁹³ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 172.

³⁹⁴ NOU 2004:20, s. 200.

³⁹⁵ *Ibid.* s. 200-201.

³⁹⁶ Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 173.

Den 29. februar 2008 samtykket Stortinget til EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen.³⁹⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet la deretter frem et forslag til et tillegg til utlendingsloven 2008 om særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen i Ot.prp. nr. 72 (2007-2008).³⁹⁸ Lovforslaget ble henvist til kommunal- og forvaltningskomiteen som fremmet sin innstilling i Innst. O. nr. 2008-2009). Forslaget resulterte i at kapittel 13 ble innført som et tillegg til utlendingsloven ved lovendring 9. januar 2009 nr. 1, som trådte i kraft 1. januar 2010. Kapittel 13 suppleres av nærmere regler i utlendingsforskriften av 2009 kapittel 19, i tillegg til at utlendingsdirektoratet (UDI) og departementene har gitt en rekke rundskriv og instruksjoner, og vi skal se nærmere på de som er relevante for artikkel 35 i kapittel 6.3.

6.2 Utlendingsloven § 120

6.2.1 Innledende betraktninger

Utlendingsloven § 120 ble innført med sikte på å gjennomføre unionsborgerdirektivet artikkel 35.³⁹⁹ I Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) presiseres det at bestemmelsen gir hjemmel for å fastslå at det ikke foreligger oppholdsrett jf. utlendl. §§ 112-114⁴⁰⁰ eller permanent oppholdsrett jf. utlendl. §§ 115-116.⁴⁰¹ I tillegg gir bestemmelsen hjemmel for å tilbakekalle dokument som er bevis for oppholdsrett jf. utlendl. §§ 117-119.⁴⁰² Det er disse tiltakene myndighetene kan foreta ut fra ordlyden i artikkel 35 (nægte, ophæve eller tilbakekalde).

Den norske gjennomføringen av artikkel 35 fremstår som mer kompleks og omfattende ettersom utlendl. § 120 består av hele ni ledd.⁴⁰³ I tillegg inneholder § 120 hverken begrepet «misbruk» eller «proformaekteskap». Som nevnt har myndighetene stor skjønsmessig frihet med hensyn til hvordan et direktiv gjennomføres i norsk rett, noe utlendl. § 120 er et godt

³⁹⁷ St.prp. nr. 42 (2007-2008).

³⁹⁸ Ot.prp.nr.72 (2007-2008) s. 5.

³⁹⁹ Se Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 40, 41, 50, 67; Prop. 30 L (2009-2010) s. 7; HR-2021-1435-A avsn. 41.

⁴⁰⁰ Utlendingsloven § 112-114 regulerer henholdsvis oppholdsrett i mer enn tre måneder for EØS-borgere, oppholdsrett i mer enn tre måneder for familiemedlemmer som er EØS-borgere og oppholdsrett i mer enn tre måneder for familiemedlemmer og andre utlendinger som ikke er EØS-borgere.

⁴⁰¹ Utlendingsloven §§ 115-116 regulerer henholdsvis varig oppholdsrett for EØS-borgere og varig oppholdsrett for familiemedlemmer som ikke er EØS-borgere.

⁴⁰² Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 67; Dette innebærer registreringsbevis for utledninger med oppholdsrett etter § 112 eller 113 og oppholdskort for utlendinger med oppholdsrett etter § 114 som ikke er EØS-borgere.

⁴⁰³ Jeg behandler imidlertid bare § 120 første-sjette ledd ettersom de tre siste bare presiserer at reglene i utlendl. om vandelskontroll også gjelder for kapittel 13, at UDI treffer vedtak etter bestemmelsens annet ledd og at Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift.

eksempel på.⁴⁰⁴ For å vurdere gjennomføringen av artikkel 35 i norsk lov er det nødvendig å gå nærmere inn på de ulike leddene i § 120 og sammenholde disse med artikkel 35.

6.2.2 Utlendingsloven § 120 første jf. annet ledd

I første ledd jf. annet ledd reguleres adgangen til å tilbakekalle registreringsbevis, oppholdskort, varig oppholdsbevis og varig oppholdskort på følgende grunnlag:

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

Selv om en EØS-borger eller et familiemedlem oppfyller vilkårene for oppholdsrett som følger av utlendl. §§ 112-114 eller varig oppholdsrett etter §§ 115-116, har ikke vedkommende slik rett dersom han eller hun er nektet adgang til eller opphold etter «andre bestemmelser i loven» jf. utlendl. § 120 første ledd første punktum.

Det er imidlertid uklart hva det siktes til når det gjelder «andre bestemmelser i loven».⁴⁰⁵ I Ot.prp. nr. 72 (2008-2009) uttales det at «[d]ette vil vere tilfellet når det er grunnlag for å bortvise eller utvise utlendingen etter reglane i dette kapitlet eller etter dei allmenne reglane i 2008-lova».⁴⁰⁶ I Prop. 30 L (2009-2010) uttales det videre at første ledd gir adgang til å tilbakekalle rettigheter «når det foreligger bort- eller utvisningsgrunn».⁴⁰⁷ Forarbeidene gir altså ikke mye veiledning med hensyn til § 120 første ledd (1) annet enn at det må foreligge bortvisnings- eller utvisningsgrunn, og at dette følger av kapittel 13 eller de alminnelige reglene i loven. Franklin og Helle skriver i en relativt ny kommentarutgave av Utlendingsloven at man kan spørre om bestemmelsen er påkrevd, og at den «ikke godt [kan] forstås som en bestemmelse om at reglene i kapittel 13 om arbeids- og familieinnvandring generelt suppleres av bestemmelsene om det samme i [utlendingslovens] kapittel 3 og 6».⁴⁰⁸ De peker på at poenget

⁴⁰⁴ Se kapittel 2.

⁴⁰⁵ Se også Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) s. 220 med videre henvisninger.

⁴⁰⁶ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 67.

⁴⁰⁷ Prop.30 L (2009–2010) Endringer i utlendingsloven, s. 10.

⁴⁰⁸ Franklin og Helle (2023) s. 742-743. Kapittel 3 og 6 i utlendingsloven handler før øvrig om henholdsvis opphold i forbindelse med arbeid og studier mv. og familieinnvandring (utenfor EØS-retten).

med et eget kapittel 13 er at EØS-retten fordrer egne bestemmelser om både arbeidsinnvandring og familieinnvandring. Dessuten kan jeg ikke se noen klare sammenhenger med artikkel 35 her, annet enn at oppholdsdokumenter kan «tilbakekalles».

Etter § 120 første ledd annet punktum gjelder «det samme» dersom utlendingen «mot bedre vitende» har gitt «uriktige opplysninger» eller «fortiet forhold av vesentlig betydning». Her forstås «det samme» som en henvisning til at «[e]n utlending som eller fyller vilkårene for oppholdsrett etter dette kapittelet».

Ordlyden «ellers fyller vilkårene for oppholdsrett» kan fremstå som en parallell til det objektive vilkåret i vurderingen av om det foreligger misbruk, som forutsetter at formålet med reglene ikke er oppfylt til tross for at vilkårene formelt sett er oppfylt.⁴⁰⁹ EØS-borgeren eller vedkommendes familiemedlem har oppfylt vilkårene formelt – men dette bygger på at vedkommende «mot bedre vitende» - altså i ond tro – har gitt «uriktige opplysninger» eller «fortiet forhold av vesentlig betydning». Lovbestemmelsen inneholder hverken ordet «misbruk» eller «bedrageri» men det er presisert i forarbeidene at bestemmelsen her sikter til situasjoner som «at oppholdsretten er tilegna på fiktivt grunnlag, til dømes ved proforma ekteskap eller ved falsk identitet og/eller nasjonalitet».⁴¹⁰

Forarbeidenes uttalelse om at bestemmelsen sikter til situasjoner der oppholdsretten er tilegnet på «fiktivt grunnlag» kan omfatte både et kunstig arrangement slik som misbruk ved proformaekteskap eller bedrageri ved falsk eller forfalsket dokumentasjon. Ordlyden «det samme» viser imidlertid tilbake til «andre bestemmelser i loven» utenfor kapittel 13. I Terje Einarsen lovkommentar til bestemmelsen skriver han at «[u]tgangspunktet er at EØS-retten gir EØS-borgere og deres familiemedlemmer et forsterket vern mot inngrep i personbevegelser innen EØS-området, slik at det gir dårlig sammenheng i loven dersom nektelser eller tilbakekall av oppholdsrett kan skje etter lovens alminnelige regler».⁴¹¹ Bestemmelsen er derfor ikke en kodifisering av artikkel 35, ettersom § 120 første ledd annet punktum ikke gjelder prinsippet om misbruk av EU/EØS-rettigheter.

⁴⁰⁹ Se kapittel 4.1.4; *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsn. 52-53.

⁴¹⁰ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 67; Se også Prop. 30 L (2009-2010) s. 10.

⁴¹¹ Einarsen (2015) note 330 til § 120.

6.2.3 Utlendingsloven § 120 tredje til femte ledd

Utlendingsloven § 120 tredje ledd fastslår at:

«Registreringsbevis og oppholdskort kan tilbakekalles når registreringen av andre grunner anses ugyldig. For beslutningen om tilbakekall etter dette leddet gjelder forvaltningsloven § 35 så langt det passer.»⁴¹²

Ordlyden «av andre grunner» gir ingen veiledning med hensyn til hvilke grunner bestemmelsen sikter til. I Prop. 30 L (2009-2010) uttales det at tredje ledd vil «fange opp de tilfellene hvor myndighetene har foretatt en feilregistrering, men hvor det ikke er fremlagt uriktige opplysninger» i tillegg til «de tilfellene hvor søknad om oppholdskort er behandlet, og oppholdskort har blitt utstedt feilaktig, uten at familiemedlemmene har framlagt uriktige opplysninger, men for eksempel fordi familiemedlemmer fra tredjeland feilaktig er registrert som familiemedlem av en EØS-borger».⁴¹³

Jeg kan ikke se noen klar sammenheng mellom artikkel 35 og utlendl. § 120 tredje ledd, utover at tredje ledd kan brukes som hjemmel for å tilbakekalle rettigheter i tilfeller hvor det er myndighetene som har foretatt feil. Det generelle prinsippet om misbruk sikter som nevnt til misbruk foretatt av rettighetshaveren, hvor dette ikke vil være tilfellet etter tredje ledd. Franklin og Helle skriver her at dette kunne ha vært regulert med forskrift i hjemmel i §§ 117 og 118 fremfor å si det i utlendingsloven.⁴¹⁴

Utlendingsloven § 120 fjerde og femte ledd kan heller ikke anses som noe direkte implementering av artikkel 35. Fjerde ledd bestemmer at oppholdsdokumenter kan tilbakekalles når oppholdsretten bortfaller i henhold til §§ 115 første ledd fjerde punktum og § 116 første ledd femte punktum. Bestemmelsene innebærer at varig oppholdsrett bortfaller ved opphold utenfor riket i mer enn to påfølgende år – og innebærer altså bare at vedkommende ikke lenger har krav på oppholdsdokumenter fordi vedkommende ikke lenger er i Norge. Femte ledd bestemmer at «[o]ppholdskort skal tilbakekalles hvis en utlending som ikke er EØS-borger, får oppholdstillatelse etter lovens kapittel 3, 4, 6 eller 7». Dette gjelder ikke når utledningen er familiemedlem til en EØS-borger. Det siste har en sammenheng med at et familiemedlem til en

⁴¹² Forvaltningsloven § 35 regulerer forvaltningens adgang til å omgjøre vedtak av eget tiltak.

⁴¹³ Prop. 30 L (2009-2010) s. 7-8.

⁴¹⁴ Franklin og Helle (2023) s. 743.

EØS-borger ikke kan fratras rettighetene som vedkommende har etter direktivet. Lovgiver synes bare å strekke på muligheten for å «tilbakekalde» rettigheter, uten at det har en sammenheng med misbruk.

6.2.4 Utlendingsloven § 120 sjette ledd

Drøftelsen over viser at det er lite sammenheng mellom utlendingslovens § 120 første-femte ledd og artikkel 35. I dette kapittelet (6.2.4) er vi imidlertid kommet til § 120 sjette ledd som kanskje er den viktigste bestemmelsen jeg skal fokusere på. Sjette ledd ble innført ved lovendring 18. desember 2009 nr. 132 etter forslag om at § 120 skulle suppleres med flere bestemmelser om tilbakekall av oppholdsdokumenter.⁴¹⁵ I bestemmelsen angis det at myndighetene «kan nekte» å utstede oppholdskort:

«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*».

Myndighetene «kan» nekte å utstede oppholdskort, som er et av tiltakene som uttrykkelig nevnes i artikkel 35 (nægte, ophæve eller tilbakekalde). Ordet «kan» gir anvisning på et «kan»-skjønn, som innebærer at rettsvirkningen ikke må inntre selv om vilkårene i bestemmelsen ellers er oppfylt.⁴¹⁶

I motsetning til det som er tilfellet i § 120 første ledd der oppholdskort allerede er utstedt og tilbakekalles, regulerer § 120 sjette ledd tilfeller der oppholdskortet nektes utstedt. Bruken av ordet «oppholdskort» innebærer videre at bestemmelsen bare gjelder overfor tredjelandsborgere og ikke EØS-borgere, ettersom oppholdskort etter utlendl. § 118 bare utstedtes til personer som ikke er EØS-borgere.⁴¹⁷ Sjette ledd er derfor smalere enn artikkel 35 som omfatter misbruk av rettigheter uavhengig av hvem som er rettighetshaveren.

⁴¹⁵ Prop.30 L (2009-2010) s. 7.

⁴¹⁶ I LB-2020-142313 uttales det med henvisning til at oppholdskort «kan nektes» i § 120 sjette ledd at «[m]yndighetene har (...) en skjønnsmessig adgang til å utstede oppholdskort selv om søkeren har inngått ekteskap med hovedformål å skaffe seg lovlig opphold her».

⁴¹⁷ Franklin og Helle (2023) s. 745. EØS-borgere får «registreringsbevis» etter utlendl. § 117.

6.2.4.1 Tvangsekteskap

Utlendingsloven § 120 sjette ledd bestemmer at oppholdskort kan nektes dersom «referansepersonen» på forespørsel «ikke samtykker i at søkeren gis opphold» eller at det er sannsynlig at ekteskapet er inngått «mot en av partenes vilje». Franklin og Helle skriver at «[s]amtykkealternativet henspeiler på intervjuordningen i utl. § 56 fjerde ledd, som er et tiltak i kampen mot tvangsekteskap».⁴¹⁸ Også ordlyden «mot en av partenes vilje» synes å sikte på tilfeller der oppholdskort kan nektes utstedt ved tvangsekteskap.

Utover at § 120 skulle suppleres med flere bestemmelser om tilbakekall av oppholdsdokumenter, er forarbeidene tause om det faktisk var tvangsekteskap bestemmelsen ble innført med sikte på. På grunnlag av at det legges til grunn i teorien, må det imidlertid antas at dette var tilfellet.⁴¹⁹ Dette er interessant, idet lovgiver kan ha tatt høyde for artikkel 35 sin merverdi i EØS-sammenheng, som også kan omfatte menneskehandel i sammenheng med tvangsekteskap.⁴²⁰ At den norske gjennomføringen er mer omfattende enn artikkel 35, tyder på at lovgiveren har brukt handlingsrommet sitt til å gi flere bestemmelser om tilbakekall av oppholdsdokumenter, enn det som følger uttrykkelig av artikkel 35. Jeg har imidlertid ikke funnet noen holdepunkter for om lovgiveren har gjort dette bevisst eller ikke.

Uavhengig av om det var tilsiktet at oppholdskort kan nektes ved tvangsekteskap eller ikke, kan § 120 sjette ledd gi hjemmel til å begrense rettigheter ved menneskehandel i sammenheng med tvangsekteskap. Begrensningen til at bestemmelsen bare gjelder for tredjelandsborgere utelukker imidlertid tilfeller der også EØS-borgere rammes.

6.2.4.2 Proformaekteskap

Oppholdskort kan etter § 120 sjette ledd nektes utstedt dersom det er «sannsynlig» at ekteskapet er inngått med det «hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området». Ved lovendring 29. mai 2020 nr. 58 ble ordlyden justert, slik at spørsmålet er om ekteskapet er inngått for å oppnå opphold i «EØS-området» og ikke bare Norge.⁴²¹ Bakgrunnen var at «i riket» var en snevrere forståelse enn det som følger av unionsborgerdirektivet.⁴²²

⁴¹⁸ *Ibid.* s. 746. Bestemmelsen i utl. § 56 fjerde ledd omhandler forhåndsintervju ved familieinnvandring dersom oppholdstillatelse søkes etter reglene om oppholdstillatelse for ektefeller.

⁴¹⁹ Møse (2022) § 120 note 7 og Franklin og Helle (2023) s. 746.

⁴²⁰ Se kapittel 5.5.

⁴²¹ Prop. 49 L (2019-2020) s. 28.

⁴²² *Ibid.* hvor det uttales at «i Norge» er en snevrere enn forståelse enn det som følger av direktivet: «Der er spørsmålet om ekteskapet ble inngått med hensikt om å få opphold i EØS-området».

Ordlyden «ekteskapet er inngått [...] med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold» sikter til proformaekteskap. Ordlyden i § 120 sjette ledd bygger på utlendl. § 40 fjerde ledd, som nekter oppholdstillatelse dersom ekteskapet er et proformaekteskap i saker som gjelder familieinnvandring utenfor kapittel 13. Bestemmelsen i § 40 fjerde ledd angir at oppholdstillatelse kan nektes «dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren». I forarbeidene til § 120 sjette ledd uttales det at som § 40 fjerde ledd, vil § 120 «forenkle bevismaterialet» ved at det vil være tilstrekkelig for å avslå søknaden om opphold, at tilegnelse av oppholdsrett har vært *hovedformålet* med ekteskapet.⁴²³ Begrepene «hovedformål» og «hovedsakelige» synes derfor å være uttrykk for samme bevisstema når det gjelder hensikten med å inngå ekteskapet.

Riktignok angir unionsborgerdirektivets 28. fortale at kravet er at ekteskapet «udelukkende» inngås for å utøve retten til fri bevegelighet og opphold, som tidligere har reist spørsmål om begrepet «hovedformål» i § 120 sjette ledd må tolkes innskrenkende for å være i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Som jeg har vist i kapittel 5 synes imidlertid EFTA-domstolen å ha løst diskusjonen i *Kerim* ved å ha benyttet begrepet «hovedsakelig».⁴²⁴

6.2.5 Oppsummering

I kapittel 6.2 har jeg redegjort for og analysert gjennomføringen av artikkel 35 i norsk lov, slik det følger av utlendingsloven § 120. Dette har vist at lovgiveren strekker på muligheten til å «tilbakekalle» rettigheter, uten at det nødvendigvis foreligger misbruk. Sammenlignet med min fortolkning av artikkel 35 i kapittel 4 og 5, er det flere elementer som ikke hører hjemme i misbruksbestemmelsen som f.eks. at tilbakekall kan skje dersom en utlending oppholder seg utenfor Norge i mer enn to år.⁴²⁵ På samme tid er det elementer § 120 ikke tar høyde for blant annet at artikkel 35 omfatter andre former for misbruk enn proformaekteskap. I tillegg begrenses § 120 sjette ledd til misbruk der rettighetshaveren er EØS-borger.

⁴²³ Prop. 30 L (2009-2010) s. 10.

⁴²⁴ Se kapittel 5.2.2.

⁴²⁵ Se kapittel 6.2.3.

Likevel kan det synes som om § 120 tar høyde for artikkel 35 sin merverdi i EØS-sammenheng, idet den omfatter tvangsekteskap. Den gir derfor hjemmel til å begrense rettigheter også ved tvangsekteskap i sammenheng med menneskehandel.

6.3 Er norsk rett og praksis i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser etter artikkel 35?

Frem til nå har jeg tatt stilling til gjennomføringen av artikkel 35 i norsk lov. I dette kapittelet er siktemålet å vende blikket mot norske domstolars og forvaltningens fortolkning og anvendelse av artikkel 35 i sin praksis, og om dette er i samsvar med artikkel 35 slik bestemmelsen fortolkes og forstås i EU/EØS.

Etter søk på lovdata er utlendingsloven § 120 utelukkende prøvd for i Norges domstoler i saker hvor det er vurdert om det foreligger proformaekteskap etter § 120 sjette ledd. Jeg vil derfor først gjennomgå rettspraksis som omhandler sjette ledd (6.3.1) for deretter å se nærmere på forvaltningens anvendelse av misbruksbestemmelsen (6.3.2).

6.3.1 Norske domstolars fortolkning og anvendelse av § 120 sjette ledd

6.3.1.1 Avgjørelser fra tingretten

Den første saken der § 120 sjette ledd ble satt på spissen, riktignok før *Kerim*, er Oslo tingretts dom avsagt 19. desember 2012 i TOSLO-2012-112718. Saken gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas (UNE) vedtak om tilbakekall av oppholdsrett i Norge og utvisning fra Norge. Det avgjørende for gyldigheten var om ekteskapet mellom B, en litauisk statsborger med oppholdstillatelse som EØS-borger, og A, en serbisk borger som søkte om oppholdstillatelse på grunnlag av gjenforening med B, var reelt eller proforma.⁴²⁶

I dommen la tingretten til grunn at «hovedsakelig formål» etter § 40 fjerde ledd «betyr omtrent det samme som «hovedformål» som er ordvalget i § 120 sjette ledd».⁴²⁷ I dette la retten at «oppholdsetableringen må ha vært litt viktigere for A enn andre formål med ekteskapet; eller noen av de andre formålene, hvis det lar seg gjøre å identifisere minst to andre, noenlunde selvstendige formål».⁴²⁸ Videre uttalte retten at «[s]taten har bevisbyrden for at ekteskapet er

⁴²⁶ TOSLO-2012-112718.

⁴²⁷ *Ibid.* under «Retten bemerker».

⁴²⁸ *Ibid.*

inngått med et slik hovedformål som staten påstår, og det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt».

Det fremgår ikke uttrykkelig av tingrettens dom om innholdet i «hovedformål» er hentet fra utlendl. § 40 fjerde ledd, eller om tingretten har vurdert kriteriet selvstendig. Som vist til i *Kerim* er imidlertid bevistemaet 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 for tredjelandsborgeren, i tillegg til at begrepet dekker tilfeller der dette formål (altså urettmessig å oppnå avledede rettigheter for tredjelandsborgeren) utgjør det eneste formålet med ekteskapsinngåelsen.⁴²⁹ Tingretten oppstilte derfor her et midlere beviskrav enn hva som er gjeldende rett i EØS, når den la til grunn at oppholdsetableringen «må ha vært litt viktigere» enn andre formål med ekteskapet. Det kan derfor reises spørsmål om hvorfor tingretten ikke forela tolkningsproblemer om kriteriet «hovedformål» for EFTA-domstolen.⁴³⁰

Retten mente videre at hva B tenkte eller mente «i prinsippet [er] uten betydning om As formål med ekteskapet var å etablere oppholdsgrunnlag». Retten var derfor av den oppfatning at referansepersonens synspunkt ikke har betydning. Heller ikke dette samsvarer med hva som er gjeldende rett i EØS etter *Kerim*, ettersom referansepersonens hensikt kan kaste lys over hvorvidt ekteskapet er reelt eller ikke.⁴³¹ Retten konkluderte imidlertid med at det ikke var sannsynlig at As hovedformål med ekteskapet med A var å etablere et grunnlag for opphold i Norge, slik at vedtakene om tilbakekall av oppholdsrett og utvisning fra Norge var ugyldige.

Seks år senere ble Oslo tingrett forelagt sak om gyldigheten av Utlendingsdirektoratets (UDI) beslutninger om å avslå søknad om oppholdskort etter utlendingsloven kapittel 13. Retten fant at beslutningene var ugyldig fordi UDI etter rettens syn tok utgangspunkt i et rettsgrunnlag som innebar en ukorrekt gjennomføring av EØS-retten i norsk rett. Det forelå ingen Høyesteretts- eller lagmannsrettspraksis for den nærmere fastleggelsen av innholdet i utlendl. § 120 sjette ledd, men mellom tingrettsdommen gjengitt over fra 2012 forelå det fire avgjørelser fra Oslo tingrett som knyttet seg til bortvisningsvedtak etter utlendl. § 120 sjette ledd.⁴³² Tingretten

⁴²⁹ E-1/20 *Kerim* avsn. 49. Se kapittel 5.2.2.

⁴³⁰ Domstoloven § 51a gjennomfører ODA art. 34 som bestemmer at når spørsmål om fortolkningen av EØS-avtalen (med dens protokoller, vedlegg mv.) reises ved en domstol i en EFTA-stat, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en rådgivende uttalelse.

⁴³¹ E-1/20 *Kerim* avsn. 57. Se kapittel 5.2.2.

⁴³² Tingretten viser til dommer fra Oslo tingrett av henholdsvis 9. mars 2017, 14. juni 2017, 21. september 2017 og 20. desember 2017.

oppsummerte disse dommene i saken. Retten viste til at Oslo tingrett i de tre første avgjørelsene hadde lagt til grunn at vurderingstemaet etter utlendl. § 120 sjette ledd var hva som var «hovedformålet med ekteskapet», og knyttet vurderingene opp mot forarbeider og rettspraksis til utlendl. § 40 fjerde ledd.⁴³³ I den siste dommen var det derimot en annen tilnærmingen til problemstillingen, hvor Oslo tingrett hadde kommet til at det etter utlendl. § 120 sjette ledd ikke var tilstrekkelig for å nekte oppholdskort at «hovedformålet med ekteskapet» var å skaffe opphold i Norge i lys av EU/EØS-rettslige kilder. I den siste dommen ble det lagt til grunn at det avgjørende var om ekteskapet var helt uten realitet, og dersom ektefellene hadde til hensikt å utøve et genuint ekteskapeleg samliv mente retten at oppholdskort skulle gis.⁴³⁴

I den siste dommen som Oslo tingrett viste til her, synes det å ha skjedd en kursendring i tingrettens rettspraksis: Tingretten gikk fra å fastlegge vurderingstemaet etter § 120 sjette ledd med utgangspunkt i rettskilder som angår § 40 fjerde ledd, til å se hen til EU/EØS-rettslige kilder. Kursendringen viser at vurderingstemaet tingretten oppstilte i den siste dommen, i større grad samsvarer med løsningen jeg har lagt til grunn i kapittel 4 og 5 (altså at proformaekteskap må innebære at ekteskapet ikke er reelt).⁴³⁵ Allerede før vi fikk avklaring fra EFTA-domstolen i *Kerim*, var tingretten inne på riktig spor.

Når det gjaldt tingrettens vurdering i den konkrete dommen, bemerket retten at UDI hadde en for enkel tilnærming når de viste til rettskilder fra før unionsborgerdirektivet ble implementert i norsk rett. Det fremgikk ikke hvordan den etterfølgende rettspraksis, forarbeider eller juridisk teori tok opp problemstillingen med at utlendl. § 120 ledd bygger på et EØS-direktiv og hvilken betydning dette kunne ha for tolkningen.⁴³⁶ UDI hadde med andre ord ikke foretatt en EØS-konform fortolkning.

Tingretten fant imidlertid at det ikke var nødvendig å ta stilling til om «utlendl. § 120 sjette ledd må tolkes innskrenkende av hensyn til at det etter [unionsborgerdirektivet] art. 35 kan være en snevrere forståelse av adgangen til å avslå søknader om oppholdskort».⁴³⁷ Domstolen fant at det var tilstrekkelig å vise til at de nevnte forhold var tilstrekkelig for å konstatere at UDI ikke

⁴³³ TOSLO-2017-137376. under «Feil ved UDIs rettsanvendelse etter utlendl. § 120 sjette ledd».

⁴³⁴ *Ibid.* med henvisning til Oslo tingretts dom 20. desember 2017.

⁴³⁵ Se hhv. kapittel 4.2 og kapittel 5.2.

⁴³⁶ TOSLO-2017-137376 under «Feil ved UDIs rettsanvendelse etter utlendl. § 120 sjette ledd».

⁴³⁷ *Ibid.*

harr tolket og anvendt utlendl. § 120 sjette ledd på riktig måte.⁴³⁸ På bakgrunn av at det på dette tidspunkt forela flere tingrettsdommer med ulike tilnærminger, kan det reises spørsmål om hvorfor tingretten heller ikke her anmodet EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i saken.

6.3.1.2 Høyesterettsavgjørelse

Høyesterett anmodet endelig EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i HR-2021-1435-A (Kerim). Saken gjaldt, som nevnt, gyldigheten av vedtak om bortvisning fra Norge av Kerim etter at han fikk avslag på sin søknad om oppholdsrett som ektefelle av en EØS-borger. Spørsmålet var om det forelå et proformaekteskap etter § 120 sjette ledd.⁴³⁹ Høyesterett ba EFTA-domstolen om særskilt å kommentere om a) EØS-borgerens subjektive hensikt (referansepersonen) med ekteskapsinngåelsen har betydning for vurdering av om man står overfor et proformaekteskap, og b) dersom tredjelandetsborgerens hensikt er det sentrale for vurderingen, må tredjelandetsborgerens ønske om oppholdstillatelse må ha vært det eneste formålet med ekteskapsinngåelsen, eller om det var tilstrekkelig at dette var det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen.⁴⁴⁰

Førstvoterende uttalte at utlendl. § 120 er ment å gjennomføre unionsborgerdirektivet artikkel 35 og at utlendl. § 3 angir at utlendingsloven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling».⁴⁴¹ Dette innebar at direktivet får «sentral betydning for lovtolkningen og går i tilfelle motstrid foran det som følger av øvrige kilder».⁴⁴² Angående EFTA-domstolens tolkningsuttalelse fant retten 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.»⁴⁴³

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Se kapittel 5.2.2.

⁴⁴⁰ HR-2021-1435-A avsn. 16.

⁴⁴¹ *Ibid.* avsn. 41.

⁴⁴² HR-2021-1435-A avsn. 41. Høyesterett tolker altså utlendl. § 3 her slik at den gir direktivet direkte virkning i norsk rett i tilfelle motstrid.

⁴⁴³ *Ibid.* avsn. 42 med henvisning til HR-2016-2554-P (Holship) avsn. 76-78.

Mot denne bakgrunn tok Høyesterett utgangspunkt i ordlyden i § 120 sjette ledd. Førstvoterende fant at hvorvidt et ekteskap er inngått «med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området» beror på en totalvurdering.⁴⁴⁴ Det ble ikke umiddelbart vist til EFTA-domstolens redegjørelse for vurderingen, men Høyesteretts dom i Rt. 2013 s. 937 som gjaldt fortolkningen av utlendl. § 40 fjerde ledd. Fremgangsmåten er interessant når tingretten i TOSLO-2017-137376 fant UDIs vedtak ugyldig fordi det ikke ble gjort en nærmere vurdering av forskjellene i vurderingstemaet etter § 40 fjerde ledd og § 120 sjette ledd, ettersom sistnevnte bygger på et EØS-direktiv. Dessuten uttalte EFTA-domstolen i *Kerim* at proformaekteskap må «tolkes autonomt og på en ensartet måte i samsvar med EØS-retten» og ikke kan være gjenstand for ulike tolkninger i EØS-statene.⁴⁴⁵ Når underrettspraksis har korrigert kursen, er det etter mitt syn vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett justerer den tilbake.

Det første spørsmålet Høyesterett ba EFTA-domstolen om særskilt å kommentere, var som nevnt om EØS-borgerens subjektive hensikt (referansepersonen) med ekteskapsinngåelsen har betydning for vurdering av om man står overfor et proformaekteskap. Under henvisning til EFTAs svar uttalte Høyesterett at «[d]et er tilstrekkelig for at det kan foreligge et [proformaekteskap] at én av ektefellene – typisk søkeren – inngikk ekteskapet hovedsakelig for at søkeren skulle få rett til opphold».⁴⁴⁶ At referansepersonens hensikt ifølge *Kerim* «må» tas i betraktning i den samlede vurderingen av om ekteskapet er reelt, nevnes ikke med et ord.⁴⁴⁷ Retten har dermed oversett EFTA-domstolens uttalelse om at referansepersonens hensikt er relevant når det gjelder fastleggelsen av om ekteskapet er reelt eller ikke.

Det andre spørsmålet gjaldt hvorvidt utlendl. § 120 sjette ledd skal tolkes slik at ekteskapet må være inngått med det «hovedformål» å få rett til opphold, eller at det må være det «eneste formål». Høyesterett uttalte at ordlyden i § 120 sjette ledd «ikke er til hinder for å anvende [bestemmelsen] at det også kan være andre motiver for ekteskapet, såfremt disse motivene er av underordnet art».⁴⁴⁸ Med henvisning til forarbeidene til § 120 sjette ledd kom førstvoterende til at ordvalget var et bevisst valg fra lovgivers side, og at «det er tilstrekkelig at formålet med ekteskapet *hovedsakelig* har vært å oppnå rett til opphold».⁴⁴⁹ Etter mitt syn er ikke dette

⁴⁴⁴ *Ibid.* avsn. 47.

⁴⁴⁵ E-1/20 *Kerim* avsn. 40 og 46.

⁴⁴⁶ HR-2021-1435-A avsn. 66 og 82.

⁴⁴⁷ E-1/20 *Kerim* avsn. 58. Se kapittel 5.5.2.

⁴⁴⁸ HR-2021-1435-A avsn. 54.

⁴⁴⁹ *Ibid.* avsn. 56 med henvisning til NOU 2004:20 s. 227-228 og Ot.pr. nr. 75 (2006-2007) s. 190.

fullstendig i tråd med *Kerim*, ettersom det må foreligge et *conditio sine qua non*: Ekteskapet hadde ikke bitt inngått av minst én av ektefellene om det ikke hadde vært for formålet om urettmessig å oppnå avledede rettigheter for tredjelandetsborgeren.⁴⁵⁰ Det er en betingelse for ekteskapsinngåelsen, og ikke bare det mest fremtredende formålet med å inngå ekteskapet.

Høyesterett synes å fokusere vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap, utelukkende på grunnlag av ordlyden «ekteskapet er inngått (...) med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området». Dette er imidlertid ikke samme tilnærming som EFTA-domstolen: Som nevnt innebærer fastleggelsen om det foreligger et proformaekteskap av en vurdering av 1) om det foreligger tvil om ekteskapet er reelt. Hvis svaret er ja, 2) om 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.⁴⁵¹ Høyesterett hoppet imidlertid over den første vurderingen, som kan forklare hvorfor retten ikke tok referansepersonens hensikt i betraktning.

Fokuset til Høyesterett kan også forklare hvorfor Høyesterett ikke tok stilling til betydningen av grunnleggende rettigheter i saken. Retten fant riktignok at rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen må tolkes og anvendes i samsvar med EMK, men at dette normalt «ikke [vil] være et sentralt tema i tilknytning til [proformaekteskap], som bare foreligger hvis formålet ikke har vært å etablere et reelt ekteskap».⁴⁵² Det er imidlertid ikke foretatt en vurdering av om det foreligger et reelt ekteskap, som er et avvik fra EU-domstolens utgangspunkt om at misbruk må skilles fra legitim bruk av en rettighet og EFTA-domstolens uttalelse både i *Kerim* og *Q m.fl.* (sistnevnte ble riktignok avsagt etter Høyesteretts dom i saken).

Fremgangsmåten synes å ha en sammenheng med at Høyesterett er av den oppfatning at den alminnelige regelen i utlendl. § 40 fjerde ledd gir angivelse på samme norm som § 120 sjette ledd. Dette er imidlertid ikke tilfellet: Proformaekteskap slik det er definert i utlendl. § 120 sjette ledd er et autonomt begrep som må fortolkes i samsvar med det generelle EØS-prinsippet om misbruk. Følgelig kan regelen i utlendl. § 40 fjerde ledd og artikkel 35 kollidere, som tilsier at norske domstoler heller bør forholde seg til EU/EØS-rettslige kilder fremfor de som er tilknyttet § 40 fjerde ledd, for å fastlegge innholdet i utlendl. § 120 sjette ledd.

⁴⁵⁰ E-1/20 *Kerim* avsn. 49. Se kapittel 5.5.2.

⁴⁵¹ Se kapittel 5.5.2.

⁴⁵² HR-2021-1435-A avsn. 75.

Det som er viktig å merke seg her, er at dersom Høyesterett utelukkende baserer vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap på om tredjelandsborgerens hovedsakelige formål har vært å inngå et ekteskap, vil et reelt ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel (altså der å få opphold vil være et hovedsakelig formål) også falle innenfor utlendl. § 120 sjette ledd.

Høyesterett oppholdt lagmannsrettens dom i saken, til tross for at lagmannsretten la til grunn at det avgjørende spørsmålet var om søkeren ville ha inngått ekteskapet dersom utsikten til å skaffe seg oppholds- og arbeidstillatelse ikke hadde vært til stede, samt at det er søkerens hensikt med ekteskapsinngåelsen som er det sentrale ved vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap.⁴⁵³ Sammenlignet med EFTA-domstolen sin uttalelse både i *Kerim* og *Q m.fl.* fremstår det som om Norge ikke er i tråd med sin EØS-rettslige forpliktelser når det gjelder vurderingen av om det foreligger proformaekteskap. I HR-2021-1435-A (som eneste prejudikat for § 120 sjette ledd om proformaekteskap) har Høyesterett lagt til grunn en videre forståelse av misbruk enn både EU-domstolen og EFTA-domstolen, som åpenbart vil være til ugunst for en privat part mot staten.

6.3.2 Forvaltningens praktisering av artikkel 35

Drøftelsen i 6.3.1 har vist at Høyesterett har lagt til grunn en videre forståelse av misbruk enn hva som faktisk er tilfellet etter artikkel 35. I dette kapitlet vil jeg rette fokus mot forvaltningens praktisering av bestemmelsen i lys av dens instruksjer og rundskriv. Viktigheten av å rette fokus mot forvaltningen kan illustreres av NAV-saken.⁴⁵⁴ Saken innebar kort forklart at NAV hadde feilpraktisert folketrygdlovens krav til opphold ved reiser i EØS-området, som blant annet skyldtes at NAV baserte seg på rundskriv hvor EØS-retten ble tolket feil.⁴⁵⁵ Som følge av dette fikk et betydelig antall personer urettmessige tilbakebetalingskrav, i tillegg til at enkelte ble anmeldt og dømt for trygdesvindler.⁴⁵⁶ NAV-saken tydeliggjør at forvaltningens instruksjer og rundskriv er sentrale også for utlendingsmyndighetene, og må utarbeides på en måte som sikrer riktig fortolkning av unionsborgerdirektivet artikkel 35 slik den er gjennomført i utlendl. § 120.

⁴⁵³ *Ibid.* avsn. 91-92, se også LB-2019-33460.

⁴⁵⁴ For en utførlig fremstilling av NAV-saken, se NOU 2020:9 Blindsonen. Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.

⁴⁵⁵ NOU 2020: 9 s. 22.

⁴⁵⁶ *Ibid.* s. 13.

Det er Justis- og beredskapsdepartementet som har det overordnede ansvaret for å utforme statens innvandringspolitikk.⁴⁵⁷ Det er departementet som har ansvaret for utlendingsloven med tilhørende forskrifter, overordnet ansvar for UDI og UNE. UDI skal blant annet iverksette innvandringspolitikken innenfor departementet sitt ansvarsområde og skal gi faglig baserte bidrag til utviklingen av regelverk og politikk på området.⁴⁵⁸ En av UDIs hovedoppgave er å behandle søknader etter utlendingsloven. UNE behandler alle klager etter utlendingsloven over vedtak som UDI treffer i første instans, og fungerer som et uavhengig forvaltningsorgan når de fatter vedtak i klagesaker.⁴⁵⁹ UNE har også en viktig rolle som lovtolkende organ, ettersom UNEs praksis er retningsgivende for praksisen til UDI.⁴⁶⁰

UDI og UNEs praksis er derfor svært viktige når det gjelder Norges overholdelse av reglene som gjennomfører unionsborgerdirektivet i utlendingsloven kapittel 13, slik at det er aktuelt å analysere deres rundskriv og instruks for å se om disse er i samsvar med fortolkningen og anvendelsen av artikkel 35 i EØS.

6.3.2.1 Departementet sikrer riktig fortolkning av utlendl. § 120

Det første rundskrivet som er aktuelt å vurdere med hensyn til forvaltningens fortolkning og praktisering av unionsborgerdirektivet artikkel 35, er Arbeids- og inkluderingsdepartementets instruks om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere. Det fremgår av instruksens bakgrunn at unionsborgerdirektivet er gjennomført i kapittel 13 og utlendingsforskriften kapittel 19, samt at oppholdskort kan nektes, tilbakekalles eller oppheves etter utlendl. § 120 dersom det er holdepunkter for at det foreligger misbruk.⁴⁶¹

Adgangen til å nekte, oppheve eller tilbakekalle oppholdskort følger av instruksens 6. punkt, hvor det uttales at utlendingsmyndighetene «har en viktig oppgave i å avdekke og hindre misbruk av EØS-regelverket».⁴⁶² Det vises til at artikkel 35 er implementert i utlendl. § 120 og at adgangen til å iverksette tiltak etter denne må tolkes i samsvar med de generelle prinsippene

⁴⁵⁷ Regjeringa (2023) under «Justis- og beredskapsdepartementet». Tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/no/tema/innvandring-og-integrering/innsikt/aktorar-og-ansvarsforhold-i-utlendingsforvaltninga/id448310/>

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Nr: AI-1/2022 under punkt 2. Bakgrunn.

⁴⁶² *Ibid.* under punkt 6.1 Misbrukslæren.

som er fastlagt i rettspraksis for tolkningen av artikkel 35.⁴⁶³ For at det skal foreligge misbruk kreves det etter instruksen at 1) at selv om vilkårene i de aktuelle reglene er oppfylt oppnås ikke formålet bak reglene, og 2) en hensikt om å dra fordel av reglene ved kunstig å sette seg i en situasjon der vilkårene formelt er oppfylt.⁴⁶⁴ Departementet legger til grunn den kumulative testen som ble etablert i *Emsland-Stärke*.⁴⁶⁵

Departementet presiserer at «det faktum at en EØS-borger bevisst setter seg i en situasjon som gir rett til opphold i en annen EØS-stat, utgjør ikke i seg selv misbruk».⁴⁶⁶ Dette samsvarer med EU-domstolens dom i *Akrich*, hvor domstolen la til grunn at det ikke foreligger misbruk når en EU-borger bevisst reiser til en annen medlemsstat for å kunne gjenforenes med sin ektefelle etter de mer fordelaktige EU-reglene.⁴⁶⁷ Departementet synes å ta høyde for at EU/EØS-retten skal fremme og styrke retten til fri bevegelighet for personer. Det kunne likevel fremgått enda tydeligere at det må skilles mellom legitim bruk av rettigheter og misbruk.

Videre vises det til at UDI må foreta konkret helhetsvurdering av om det foreligger misbruk, og at det i vurderingen også må ses hen til grunnleggende rettigheter som utgjør en del av EØS-rettens generelle prinsipper.⁴⁶⁸ Det kan synes som departementet her utfordrer Høyesteretts avfeing i HR-2021-1435-A av EMK artikkel 8 sin betydning i vurderingen av om det foreligger et proformaekteskap etter utlendl. § 120 sjette ledd.⁴⁶⁹

Instruksen har et eget punkt som omhandler proformaekteskap, hvor departementet viser til at misbrukslæren «også [gjelder] i vurderingene som skal gjøres ved avslag på søknad om oppholdskort etter utlendingsloven § 120 sjette ledd».⁴⁷⁰ I vurderingen skal det legges avgjørende vekt på hva som har vært hovedformålet med ekteskapet, og at proformaekteskap «ofte er et ekteskap som er inngått i fravær av et reelt forhold mellom partene, og hvor konstruksjonen er rent kunstig og er inngått for å oppnå rettigheter etter EØS-retten».⁴⁷¹ Mot denne bakgrunn skriver departementet at «[i] saker hvor det foreligger rimelig tvil om ekteskapet er reelt, er det derfor nødvendig at UDI foretar en helhetsvurdering av formålet med

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ Se kapittel 4.1.3.

⁴⁶⁶ Nr: AI-1/2022 under punkt 6.1 Misbrukslæren.

⁴⁶⁷ Se kapittel 4.1.3.

⁴⁶⁸ Nr: AI-1/2022 under punkt 6.1 Misbrukslæren.

⁴⁶⁹ Se kapittel 6.1.2.

⁴⁷⁰ Nr: AI-1/2022 under punkt 6.2 Særlig om omgåelsesekteskap.

⁴⁷¹ *Ibid.*

ekteskapet, der ytre objektive omstendigheter og subjektive elementer vurderes konkret i hver enkelt sak». ⁴⁷² Departementet utfordrer også her Høyesteretts rettsoppfatning, og sikrer riktig fortolkning av artikkel 35 i samsvar med EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i både *Kerim* og *Q m.fl.*, siden instruksen følger den kumulative testen som ble oppstilt i dommene. ⁴⁷³

Videre trekker departementet frem momenter som kan ha særlig relevans i helhetsvurderingen. Et av disse er om det foreligger en erklæring fra EØS-borgeren om ekteskapets art og formålet med ekteskapsinngåelsen som kan tas i betraktning. ⁴⁷⁴ Som vist i kapittel 6.3.1 fant ikke Høyesterett at EØS-borgerens hensikt var relevant, til tross for at EFTA-domstolen uttalte at dette måtte tas i betraktning, hvor departementet også her retter opp etter HR-2021-1435-A.

Helhetlig synes departementet å ha sikret riktig fortolkning av utlendl. § 120 gjennom instruksene. Justeringen kan begrunnes av ESAs brev 7. september 2021 til myndighetene, hvor ESA ønsket informasjon om tolkning i saker angående proformaekteskap. ⁴⁷⁵ ESA mente også at EFTA-domstolens avgjørelse i *Kerim* ga anvisning på en kumulativ test om at det først må foreligge rimelig tvil om at ekteskapet faktisk er reelt, og deretter om det hovedsakelige formålet med ekteskapet var å sikre urettmessig rett til opphold. ⁴⁷⁶ Instruksene anses uansett å ha rettet opp i praksis etter Høyesteretts dom i HR-2021-1435-A, og fungerer som et avhjelpende tiltak når Høyesterett enda ikke er forelagt en ny sak om utlendl. § 120 sjette ledd.

6.3.2.2 Forvaltningen er ikke helt i mål

Det andre og siste rundskrivnet jeg skal se på, er UDIs retningslinje som gjelder familieinnvandring med EØS-borger. ⁴⁷⁷ Etter denne skal det vurderes om et ekteskapet er proforma ved avgjørelsen av om en ektefelle eller partner av en EØS-borger har oppholdsrett i Norge. Et ekteskap/partnerskap anses ifølge UDIs retningslinjer som et proformaekteskap i henhold til utlendl. § 120 sjette ledd hvis det er inngått for å oppnå oppholdsrett i EØS-området. ⁴⁷⁸ Det bemerkelsesverdige her, er at UDI henviser til i Ot. Prp. nr. 75 (2006-2007) og

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Se kapittel 5.2.2.

⁴⁷⁴ Nr: AI-1/2022 under punkt 6.2 Særlig om omgåelsesekteskap.

⁴⁷⁵ Se ESA sak nr. 78450, brev av 7. september 2021. Tilgjengelig her:

<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Supplementary%20request%20for%20information%20-%20assessment%20of%20marriages%20of%20convenience.pdf>

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ UDI 2010-025 Familieinnvandring med EØS-borger.

⁴⁷⁸ *Ibid.* under punkt 2.1.1.

Justisdepartementets instruks om proformaekteskap, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd for momenter som vil være relevante i vurderingen.⁴⁷⁹

Til forskjell fra Arbeids- og inkluderingsdepartementets instruks omtalt i 6.3.2.1 samsvarer ikke UDIs retningslinjer med EU- og EFTA-domstolens fortolkning av artikkel 35. Det følger av at retningslinjene ikke tar hensyn til at § 120 sjette ledd gjennomfører et EØS-direktiv. Dette innebærer at «proformaekteskap» etter UDIs egne retningslinjer ikke tolkes autonomt og på ensartet måte slik som i EU/EØS-retten, men på samme måte som «proformaekteskap» slik det følger av utlendl. § 40 fjerde ledd jf. henvisningen til instruksene om denne.

Dersom en saksbehandler legger UDIs retningslinjer til grunn for sine vurderinger fremfor departementets instruks, vil vurderingen av om det foreligger proformaekteskap etter § 120 sjette ledd fastlegges etter kriteriene som gjelder for § 40 fjerde ledd. Som jeg har vist vil dette utelukke en vurdering av om ekteskapet er en videreføring av et reelt ekteskap, og kan innebære at reelle ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel rammes, selv om dette ikke omfattes av unionsborgerdirektivets artikkel 35.

6.4 Oppsummering

I kapittel 6 har jeg kartlagt, analysert og vurdert Norges gjennomføring av artikkel 35 i lov, i nasjonal rettspraksis og innvandringsmyndighetenes praksis. Kapittelet har vist at utlendl. § 120 ble innført med sikte på å gjennomføre artikkel 35, og at den norske bestemmelsen er mer kompleks og omfattende. Hva gjelder artikkel 35 sitt formål om å gi medlemsstatene mulighet til å begrense rettigheter ved misbruk, fremstår det etter mitt syn som om dette bare er mulig etter § 120 sjette ledd, hvor myndighetene kan begrense rettigheter ved tvangsekteskap og proformaekteskap. De øvrige leddene i bestemmelsen gjelder tilbakekall av oppholdsdokumenter på grunnlag av andre forhold enn misbruk.

Unionsborgerdirektivet artikkel 35 er bare gjennomført i den utstrekning den gjelder misbruk i sammenheng med proformaekteskap og tvangsekteskap, i norsk lov. Det positive er at utlendl. § 120 sjette ledd kan omfatte menneskehandel i sammenheng med tvangsekteskap, og derfor tar høyde for artikkel 35 sin merverdi i EØS. Den strekker imidlertid for kort når det gjelder de

⁴⁷⁹ UDI 2010-025 under punkt 2.1.1.

andre formene for misbruk som kan omfattes av artikkel 35 (unngåelse av straffeforfølgelse, skatteunndragelse, ulovlig adopsjon og velferdsturisme).⁴⁸⁰

Når det gjelder norske domstolars anvendelse av utlendl. § 120 sjette ledd, har jeg vist hvordan Oslo tingrett var på riktig kurs da den opphevet UDIs beslutninger om å avslå søknad om oppholdskort. Bakgrunnen var som nevnt at beslutningene var basert på rettskilder tilknyttet § 40 fjerde ledd, som ikke tok opp problemstillingen om at § 120 sjette ledd gjennomfører et EØS-direktiv (TOSLO-2017-137376). Selv om tingretten her hadde satt riktig kurs, kan det som nevnt reises spørsmål om hvorfor tingretten ikke på et tidligere tidspunkt har bedt EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse, for å avklare spørsmålet om det er tilstrekkelig at inngåelsen av ekteskapet har vært «hovedformålet» med å inngå ekteskapet, eller ikke.

Til tross for at Høyesterett ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i HR-2021-1435-A, fulgte ikke retten den todelte testen som EFTA-domstolen oppstilte i saken, og utelukket derfor en vurdering av om ekteskapet var en videreføring av et reelt ekteskap. Som vist til i 6.3.1 la Høyesterett til grunn en videre forståelse av misbruk enn hva som faktisk er tilfellet etter artikkel 35, som åpenbart vil være til ugunst for en privat part mot staten. Dette er fordi reelle ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel (altså der å få opphold vil være et hovedsakelig formål) også kan falle innenfor utlendl. § 120 sjette ledd.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har imidlertid utfordret Høyesteretts dom i HR-2021-1435-A, gjennom sin instruks om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere. Til forskjell fra Høyesterett som hopper over vurderingen av om ekteskapet er reelt, gir instruksens anvisning på at UDI må vurdere om det foreligger tvil om ekteskapet er reelt. Dessuten tar den også høyde for at EØS-borgerens hensikt med ekteskapet kan tas i betraktning. Instruksens sikrer derfor i større grad enn Høyesterett at Norge overholder sine EØS-rettslige forpliktelser etter unionsborgerdirektivet artikkel 35.

⁴⁸⁰ Riktignok kan domstolene lene seg på det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter, som jeg har etablert gjelder uavhengig av om det finnes en kodifisering av prinsippet i nasjonal lovgivning, se kapittel 4.1.3.

7. Oppsummering og avsluttende betraktninger

Siktemålet med oppgaven var å kartlegge, analysere og vurdere rekkevidden og innholdet i unionsborgerdirektivet artikkel 35. For å besvare hovedproblemstillingene har jeg først fastlagt den riktige fortolkningen av bestemmelsen i EU, for deretter å ha vurdert om det har foreligget noen EØS-rettslige hindre for at løsningen kan overføres også i EØS. Sist har jeg vurdert Norges gjennomføring av artikkel 35 i lys av løsningen som gjelder i EØS, og om hvorvidt dette er i tråd med våre EØS-rettslige forpliktelser eller ikke.

Opgaven har vist at artikkel 35 kodifiserer det generelle prinsippet om misbruk av rettigheter, hvor fastleggelsen av at det foreligger misbruk baseres på en kumulativ test. Testen innebærer for det første at det må foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter, der EU-bestemmelsens formål ikke er oppnådd, selv om vilkårene i bestemmelsen formelt er oppfylt. For det andre kreves det hensikt om å oppnå en fordel av EU-bestemmelsene ved kunstig å skape vilkårene som kreves for å oppnå denne fordelten.

Videre har oppgaven vist at ved å ta utgangspunkt i et annet perspektiv enn eksisterende forskning på feltet (altså heller når misbruket begynner), må andre former for misbruk anses dekket av artikkel 35. I oppgaven har jeg oppstilt et skille mellom handlinger som kan begås av enhver person uavhengig av økonomisk status (unngåelse av straffeforfølgelse, skatteunndragelse, andre proformaforhold og menneskehandel som f.eks. tvangsekteskap, barneekteskap og ulovlig adopsjon), og handlinger som bare kan begås av ikke-økonomisk aktive personer (velferdsturisme). Det gjenstår å se om disse andre formene for misbruk vil bli satt på spissen og behandlet av EU-domstolen eller EFTA-domstolen, og om testen som er etablert for å fastlegge misbruk må nyanseres eller endres. Særlig interessant for EØS-retten sin del er at artikkel 35 vil få en merverdi i EØS sammenlignet med EU, når det nye menneskehandelsdirektivet vedtas og trer i kraft.

I tillegg er vurderingen av om det foreligger proformaekteskap klargjort etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i *Kerim* og *Q m.fl.* Etter disse må proformaekteskap fastlegges etter en vurdering av 1) om det foreligger tvil om ekteskapet er reelt. Hvis svaret er ja, 2) om 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. Mot denne bakgrunn har Høyesterett i HR-2021-1435-A lagt til grunn en videre forståelse av misbruk enn både EU-domstolen og EFTA-domstolen, som åpenbart vil være til ugunst for en privat part mot staten.

Når det gjelder Norges gjennomføring av artikkel 35 og hvorvidt norsk rett og praksis er i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser, er utlendingsloven § 120 mer omfattende og kompleks enn artikkel 35. Dette til tross omfatter den bare misbruk i sammenheng med proformaekteskap og tvangsekteskap, og tar ikke høyde for at andre former for misbruk kan omfattes av artikkel 35. Det er derfor ikke overraskende at artikkel 35 bare er vurdert i Norges domstoler i tilknytning til § 120 sjette ledd i sammenheng med proformaekteskap.

Arbeids- og inkluderingsdepartementets instruksjer om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere, avhjelper at Høyesterett ikke enda er blitt forelagt en ny sak om proformaekteskap for å rette opp i HR-2021-1435-A. Dersom UDIs saksbehandlere tar utgangspunkt i instruksjen for sine vurderinger, vil førstelinjen i større grad ivareta Norges EØS-rettslige forpliktelser etter artikkel 35 sammenlignet med HR-2021-1435-A og UDIs egne retningslinjer.

Som anvist i kapittel 1 og 2 vil jeg avslutningsvis gi en anbefaling om hvordan norsk lov og praksis bør være. Dette vil jeg gjøre med grunnlag i hva jeg har lagt til grunn i kapittel 5, og hvordan norsk lov og praksis er slik jeg har lagt til grunn i kapittel 6. Formålet er å tydeliggjøre hvordan artikkel 35 (enten i lovteksten eller i forarbeidene) eventuelt bør utformes, for at Norge i større grad skal være i tråd med sine EØS-rettslige forpliktelser etter artikkel 35.

Oppgaven har vist at Norge ikke er helt i tråd med sine EØS-rettslige forpliktelser etter unionsborgerdirektivet artikkel 35. Det positive oppgaven har vist, er at departementets instruks tolker utlendl. § 120 EØS-konformt i lys av EU- og EFTA-domstolens rettspraksis fremfor HR-2021-1435-A. Her må imidlertid også UDIs egne retningslinjer oppdateres slik at UDI og UNE håndterer utlendl. § 120 i samsvar med artikkel 35. Dersom dette ikke er tilfellet vil ekteskap inngått for å oppnå en innvandringsfordel – i tråd med formålet til retten til fri bevegelighet – kunne rammes av utlendl. § 120 sjette ledd om proformaekteskap.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at utlendingsmyndighetene retter opp i sin praksis gjennom rundskriv og instruksjer. Høyesterett sin fortolkning i HR-2021-1435-A og Oslo tingretts fortolkning av § 120 frem til 2017 kan skyldes at den norske bestemmelsen ikke gjennomfører artikkel 35 tilstrekkelig klart nok. Den tid Høyesterett ikke forelegges en sak om § 120 sjette ledd eller misbruk som sådan, kan derfor lovgiver endre § 120 slik at innholdet i artikkel 35 fremgår enda klarere av lovteksten eller forarbeidene. Dette innebærer at det for det første bør fremgå tydeligere at utlendl. § 120 omfatter all misbruk av unionsborgerdirektivets rettigheter. For det andre bør det fremgå enda tydeligere at utlendl. § 120 gjennomfører artikkel 35, og tillegges at den gjør unntak fra den grunnleggende retten til fri bevegelighet for personer. Fortolkningen av § 120 må derfor tolkes med dette for øyet, og derfor ikke være til hinder for EØS-rettens virkning. Sist bør det fremgå at vurderingen av om det foreligger proformaekteskap må fastlegges etter en kumulativ test basert på 1) om det foreligger tvil om ekteskapet er reelt. Hvis svaret er ja, 2) om 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. Dessuten bør det også være tydelig at «proformaekteskap» er et autonomt EU/EØS-rettslig begrep, som ikke skal fortolkes på samme måte som utlendl. § 40 fjerde ledd.

Kilderegister

Juridisk teori

- Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (2016) Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS, *Legal study on Norway's obligations under the EU Citizenship Directive 2004/38/EC*. 4. Januar 2016
- Arnull (2011) Arnull, Anthony, «The Emsland-Stärke Abuse of Law Test in the Law of Agriculture and Free Movement of Goods» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.), Hart Publishing, 2011, s. 7c-23
- Askeland (2013) Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» i *Undring og erkjennelse – festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Søvig, Karl Harald, Sigrid Askeland og Ørnulf Rasmussen (red.) Fagbokforlaget 2013, s. 15-25
- Barnard (2022) Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU*, 7 utg., Oxford 2022
- Brathovde (2020) Marte Brathovde, «I reglene om fri bevegelighets randsone: Om misbruk av reglene om fri bevegelse» (Masteroppgave, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo 2020)
- Costello (2011) Costello, Cathryn, «Citizenship of the Union: Above Abuse?» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.), Hart Publishing, 2011, s. 321-353
- de la Feria (2011) de la Feria, Rita, «Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General*

Principle of EU Law? Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.), Hart Publishing, 2011, s. i-xxii

- Dougan (2011) Dougan, Michael, «Some Comments on the Idea of a General Principle of Union Law Prohibiting Abuses of Law in the Field of Free Movement for Union Citizens» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.), Hart Publishing, 2011, s. 355-362
- Einarsen (2015) Einarsen, Terje, «Kommentar til utlendingsloven.» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata (2015) hentet 19.06.2024
- Evans (2020) Evans, Matthew, «Abusing or Misusing the Right of Free Movement? The UK's Policy towards EU Nationals Sleeping Rough» i *EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously*. Sandra Mantu, Paul Minderhoud and Elspeth Guild (red.), Brill/Nijhoff, 2020, s. 302-322. DOI: https://doi.org/10.1163/9789004411784_015
- Franklin (2012) Franklin, Christian, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning», i *Jussens Venner* nr. 5 (2012) s. 269-317
- Franklin (2024) Franklin, Christian, *EU-borgerskap og EØS*. Rapport utarbeidet for EØS-utredningen
- Franklin og Fredriksen (2015) Franklin, Christian og Halvard Haukeland Fredriksen, «Of Pragmatism and Principles – the EEA Agreement 20 Years On», *Common Market Law Review*, Volum 52, nr. 3 (2015) s. 629-684. DOI: <https://doi.org/10.54648/cola2015049>

- Franklin og Fredriksen (2022) Franklin, Christian og Halvard Haukeland Fredriksen, «Differentiated Citizenship in the European Economic Area» i *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy - Navigating Challenges and Crises*, D. Thym & D og Kostakopoulou (red.), Edward Elgar, 2022, s. 297-319
- Franklin og Helle (2023) Franklin, Christian N.K. og Félix Olivier Helle, «Kapittel 13 Særlige regler for utlendinger som omfattes av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) og Konvensjon om opprettelse av Det europeiske Frihandelsforbund (EFTA-konvensjonen)» i *Utlendingsloven: Lovkommentar*, Terje Einarsen og Kjetil Mujezinovic Larsen (red.), 2. utg., Universitetsforlaget, 2023, s. 686-764
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 121 (02), 2008, s. 149-178.
- Guild, Peers og Tomkin (2019) Guild, Elspeth, Steve Peers og Jonathan Tomkin, *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, 2. utg., Oxford, 2019
- Holtermann og Rytter (2021) Holtermann, Jakob v. H og Jens Elo Rytter, «Rettspolitikk» i *De juridiske metoder. Ti bud*, Mikkel Jarle Christensen et al. (red.), Hans Reitzels Forlag 2021, s. 237-261
- Horn (2017) Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse. Rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforlaget 2017. [Doktorgradsavhandling]
- Jesse og Carter (2020) Jesse, Moritz og Daniel William Carter, «Life after the 'Dano-Trilogy'» i *European Citizenship under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Nathan Cambien, Dimitry Kochenov og Elise Muir (red.), Brill/Nijhoff, 2020, s. 135-169. DOI: https://doi.org/10.1163/9789004433076_008

- Korkea-aho (2013) Korkea-aho, Emilie, «EU Soft Law in Domestic Legal Systems» i *Soft Law*, Peter Wahlgren (red.), Stockholm Institute for Scandinavian Law 2013, s. 155-175
- Kroeze (2020) Kroeze, Hester, «Distinguishing between Use and Abuse of EU Free Movement Law: Evaluating Use of the “Europe-route” for Family Reunification to Overcome Reverse Discrimination» i *European Citizenship under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Nathan Cambien, Dimitry Kochenov and Elise Muir (red.), Brill/Nijhoff, 2020 s. 222-270. DOI: https://doi.org/10.1163/9789004433076_011
- Kuijper (2018) Kuijper, Pieter Jan, mfl., *The law of the European Union*, femte utgave, Wolters Kluwer 2018
- Kullmann (2021) Kullmann, Miriam, «Article 7 (Family Life Aspects) – Right to Respect for Private and Family Life» i *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Steve Peers et al. (red.), Bloomsbury Publishing 2021, s. 195-230
- Lanceiro (2017) Lanceiro, Rui, «Dano and Alimanovic: the recent evolution of CJEU case-law on EU citizenship and cross-border access to social benefits», *UNIO – EU Law Journal* 2017, Vol. 3 (1), s. 63-77
- Lenaerts (2010) Lenaerts, Annekatrien, «The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law». *European Review of Private Law*, nr. 18 (6) (2010), s. 1121–1154
- Maduro (2011) Maduro, Miguel Poiares, «Foreword» i *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (red.), Hart Publishing, 2011, s. vii-viii

- Mantu og Minderhoud Mantu, Sandra og Paul Minderhoud, «Exploring the Limits of Social Solidarity: Welfare Tourism and EU Citizenship», *UNIO - EU Law Journal* 2016, Vol. 2 (2) s. 4-19
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens venner* 2004, Vol. 39 (5-6) s. 329-342
- Møse (2022) Møse, Kristine, «Karnov lovkommentar til utlendingsloven» i *Lovdata Pro* (2022) hentet 19.06.2024
- Neergard og Nielsen (2018) Nergaard, Ulla og Ruth Nielsen, *EU-RET. Fri bevegelighet*. Karnov Group 2018
- Schilling (2010) Schilling, Theodor, «Beyond Multilingualism: On Different Approaches to the Handling of Diverging Language Versions of a Community Law». *European Law Journal*, Vol. 16 (1), Januar 2010, s. 46-66. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2009.00496.x>
- Snell (2011) Snell, Jukka, «The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.) Hart Publishing, 2011, s 219-231
- Spaventa (2011) Spaventa, Eleanor, «Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers» i *Prohibition of Abuse of Law - A New General Principle of EU Law?* Rita de La Feria og Stefan Vogenauer (red.) Hart Publishing, 2011, s. 315-320
- Sunde, Lunde og Sørebo (2024) Sunde, Torje, Jon Lunde og Ida Sørebo, *Fra EU-rett til EØS-rett og norsk rett*. Universitetsforlaget, 2024

EU/EØS-rettslige kilder

Traktater og konvensjoner

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950
EØF-traktaten/ Romatraktaten	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske økonomiske Fellesskap, 25. mars 1957
EF-traktaten/ Maastrichttraktaten	Traktat om Den Europeiske Union, EFT C 191, 7. februar 1992
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, 2. mai 1992
TEU	Konsolidert utgave av Traktaten om den Europeiske Union, EFT C 202, 7. juni 2016
TEUV	Konsolidert utgave av Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, EFT C 202, 7. juni 2016
Pakten	Den Europeiske Unions Pakt om grunnleggende rettigheter, EFT C 202, 7. juni 2016

Forordninger og direktiv

Rådsdirektiv 64/221/EØF	Rådets direktiv 64/221/EØF af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed
-------------------------	--

Rådsdirektiv 68/360/EØF	Rådets direktiv 68/360/EØF af 15. oktober 1968 om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabets for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer
Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68	Rådets forordning nr. 1612/68/ELF af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet
Rådsdirektiv 72/194/EØF	Rådets direktiv 72/194/EØF af 18. maj 1972 om udvidelse af anvendelsesområdet for Rådets direktiv af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sunhed, til også at omfatte arbejdstagere, og som udnytter retten til at blive boende på en medlemsstats område efter at have haft beskæftigelse der
Rådsdirektiv 73/148/EF	Rådets direktiv 72/194/EØF af 18. maj 1972 om udvidelse af anvendelsesområdet for Rådets direktiv af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sunhed, til også at omfatte arbejdstagere, og som udnytter retten til at blive boende på en medlemsstats område efter at have haft beskæftigelse der
Rådsdirektiv 75/34/EØF	Rådets direktiv 75/34/EØF af 17. december om retten for statsborgere i en medlemsstat til at blive boende på en anden medlemsstats område efter dér at have udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed
Rådsdirektiv 75/35/EØF	Rådets direktiv 75/35/EØF om udvidelse af anvendelsesområdet for direktiv 64/221/EØF om samordning af de særlige foranstaltninger, der gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige

orden, sikkerhed og sundhed, til også at omfatte statsborgere i en medlemsstat, som udøver retten til at blive boende på en anden medlemsstats område efter dér at have udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed

Rådsdirektiv 90/364/EØF	Rådets direktiv 90/364/EØF af 28. juni 1990 om opholdsret
Rådsdirektiv 90/365/EØF	Rådets direktiv 90/365/EØF af 28. juni 1990 om opholdsret for lønmodtagere og selvstændige, der er ophørt med erhvervsaktivitet
Rådsdirektiv 2003/81/EF	Rådets direktiv 2003/81/EF af 29. april 2004 om udstedelse af opholdstilladelser til tredjelandsstatsborgere, der har været ofre for menneskehandel, eller som er indrejst som led i ulovlig indvandring, og som samarbejder med de kompetente myndigheder
Rådsdirektiv 2004/38/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af 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
Rådsdirektiv 2006/112/EF	Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem
Rådsdirektiv 2008/48/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/48/EF af 23. april 2008 om forbrugerkreditaftaler og om ophævelse af Rådets direktiv 87/102/EØF
Rådets direktiv (EU) 2016/1164	Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

Avgjørelser fra domstolene

Rettsavgjørelser fra EU-domstolen

33-74	Dom av 3. desember 1974, <i>van Binsbergen</i> , sak 33-74, EU:C:1974:131
41-74	Dom av 4. desember 1974, <i>van Duyn</i> , sak 41-74, EU:C:1974:133
67-74	Dom av 26. februar 1975, <i>Bonsignore</i> , sak 67-74, EU:C:1975:34
256/93	Dom av 13. februar 1985, <i>Diatta</i> , sak 267/93, EU:C:1985:67
C-370/90	Dom av 7. juli 1992, <i>Surinder Singh</i> , C-370/90, EU:C:1992:296
C-17/92	Dom av 4. mai 1993, <i>Federación de Distribuidores Cinematográficos mod Estado Español and Unión de Productores de Cine y Televisión</i> , sak C-17/92, EU:C:1993:172
C-85/96	Dom av 12. mai 1998, <i>Martínez Sala</i> , C-85/96, EU:C:1998:217
C-367/96	Dom av 12. mai 1998, <i>Kefalas m.fl.</i> , C-367/96, EU:C:1998:222
C-212/97	Dom av 9. mars 1999, <i>Centros</i> , C-212/97, EU:C:1999:126
C-441/93	Dom av 12. mars 1999, <i>Patifis m.fl.</i> , C-441/93, EU:C:1996:92
C-373/97	Dom av 23. mars 2000, <i>Diamantis</i> , C-373/97, EU:C:2000:150
C-110/99	Dom av 14. desember 2000, <i>Emsland-Stärke</i> , C-110/99, EU:C:2000:695
C-184/99	Dom av 20 september 2001, <i>Grzelczyk</i> , C-184/99, EU:C:2001:458

C-413/99	Dom av 17. september 2002, <i>Baumbast</i> , C-413/99, EU:C:2002:493
C-100/01	Dom av 26. november 2002, <i>Ministre de l'Intérieur mod Aitor Oteiza Olazabal</i> , C-100/01, EU:C:2002:712
C-109/01	Dom av 23. september 2003, <i>Akrich</i> , C-109/01, EU:C:2003:491
Forente saker C-482/01 og C-493/01	Dom av 29. april 2004, <i>Orfanopoulos</i> , forente saker C-482/01 og C-493/01, EU:C:2004:262
C-456/02	Dom av 7. september 2004, <i>Trojani</i> , C-456/02, EU:C:2004:488
C-200/02	Dom av 19. oktober 2004, <i>Chen</i> , C-200/02, EU:C:2004:639
C-209/03	Dom av 15. mars 2005, <i>Bidar</i> , C-209/03, EU:C:2005:169
C-255/02	Dom av 21. Februar 2006, <i>Halifax</i> , C-255/02, EU:C:2006:121
C-194/04	Dom av 12. september 2006, <i>Cadbury Schweppes</i> , C-196/04, EU:C:2006:544
C-260/04	Dom av 13. september 2007, <i>Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik</i> , C-260/04, EU:C:2007:508
C-33/07	Dom av 10. juli 2008, <i>Jipa</i> , C-33/07, EU:C:2008:396
C-127/08	Dom av 25. juli 2008, <i>Metock</i> , C-127/08, EU:C:2008:449
C-161/07	Dom av 22. desember 2008, <i>Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Republikken Østrig</i> , C- 161/07, EU:C:2008:759

- C-384/08 Dom av 11. mars 2010, *Attanasio Group Srl mod Comune di Carbognano*, C-384/08, EU:C:2010:133
- C-34/09 Dom av 8. mars 2011, *Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124
- C-434/09 Dom av 5. mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277
- C-256/11 Dom av 15. november 2011, *Dereci m.fl.*, C-256/11, EU:C:2011:734
- C-40/11 Dom av 15. mai 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:295
- C-364/10 Dom av 16. oktober 2012, *Ungarn mod Den Slovakiske Republik*, C-364/10, EU:C:2012:630
- C-85/11 Dom av 9. april 2013, C-85/11, *Europa-Kommissionen mod Irland*, EU:C:2013:217
- C-87/12 Dom av 8. mai 2013, *Ymeraga og Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291
- C-140/12 Dom av 29. mai 2013, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565
- C-300/11 Dom av 4. juni 2013, *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363
- C-86/12 Dom av 10. oktober 2013, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645
- C-306/12 Dom av 10. oktober 2013, *Spedition Welter*, C-306/12, EU:C:2013:650
- C-456/12 Dom av 12. mars 2014, *O. og B.*, C-456/12, EU:C:2014:135
- C-333/14 Dom av 11. november 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358

C-202/13	Dom av 18. desember 2014, <i>McCarthy II</i> , C-202/13, EU:C:2014:2450
C-67/14	Dom av 15. september 2015, <i>Alimanovic</i> , C-67/14, EU:C:2015:597
C-299/14	Dom av 25. februar 2016, <i>García Nieto</i> , C-299/14, EU:C:2016:144.
C-558/15	Dom av 15. desember 2016, <i>Azevedo m.fl.</i> , C-558/15, EU:C:2016:957
C-129/18	Dom av 26. mars 2019, <i>SM</i> , C-129/18, EU:C:2019:248
C-897/19 PPU	Dom av 2. April 2020, <i>IN</i> , C-897/19 PPU, EU:C:2020:262
C-181/19	Dom av 6. oktober 2020, <i>Jobcenter Krefeld - Widerspruchsstelle mod JD</i> , C-181/19, EU:C:2020:794
C-376/20 P	Dom av 13. juli 2023, <i>Europa-Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments Ltd</i> , C-376/20 P, EU:C:2023:561
C-488/21	Dom av 21. desember 2023, <i>GV</i> , C-488/21, EU:C:2023:1013
Forente saker C-38/21, C-47/21 og C-232/21	Dom av 21. desember 2023, <i>VK m.fl.</i> , forente saker C-38/21, C-47/21 og C-232/21, EU:C:2023:1014

Rettsavgjørelser fra EFTA-domstolen

E-09/07	Sak E-09/07, <i>L'Oréal Norge AS v Per Aarskog AS m.fl.</i>
E-4/11	<i>Sak E-4/11, Clauder</i>
E-16/11	Sak E-16/11, <i>ESA v Island ("Icesave")</i>

E-15/12	Sak E-15/12, <i>Jan Anfinn Wahl v Island</i>
E-26/13	Sak E-26/13, <i>Island v Atli Gunnarsson</i>
E-28/15	Sak E-28/15, <i>Yankuba Jabbi v Norge</i>
E-4/19	Sak E-4/19 <i>Campbell v Norge</i>
E-1/20	Sak E-1/20 <i>Abdulkerim Kerim v Norge</i>
E-16/20	Sak E-16/20 <i>Q m.fl. v Norge</i>

Rådgivende uttalelser fra Generaladvokater

C-212/07	Uttalelse fra Generaladvokat La Pergola fremsatt den 16. juli 1998 i <i>Centros</i> , C-212/07, EU:C:1998:380
C-255/02	Uttalelse fra Generaladvokat Poiares Maduro fremsatt den 7. april 2005 i <i>Halifax</i> , C-255/02, EU:C:2005:200
C-202/13	Uttalelse fra Generaladvokat Szpunar fremsatt den 20. mai 2014 i <i>McCarthy II</i> , C-202/13, EU:C:2014:345
C-129/18	Uttalelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsatt den 26. februar 2019 i <i>SM</i> , C-129/18, EU:C:2019:140
C-488/21	Uttalelse fra Generaladvokat T. Čapeta fremsatt den 16. februar 2023 i <i>GI</i> , C-488/21, EU:C:2023:115

Forarbeid og etterarbeid

KOM (2001) 257 endelig	Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område av 25. september 2001.
------------------------	---

Fælles holdning (EF) nr. 6/2004	Fælles holdning (EF) nr. 6/2004 af 5. december 2003 vedtaget af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/22/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
SEK (2003) 1293	Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område av 30. desember 2003
KOM (2009) 313 endelig	Meddelelse fra kommissionen til Europa-parlamentet og Rådet om retningslinjer for en bedre gennemførelse og anvendelse af direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.
SWD/2014/248 final endelig	Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens
COM/2014/604 final	Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet Bistand til de nationale myndigheder med at bekæmpe misbrug af retten til fri bevægelighed: Håndbog om håndtering af angivelige proformaægteskaber mellem EU-borgere og ikke-EU-statsborgere i relation til EU-reglerne om EU-borgeres fri bevægelighed

KOM (2022) 732 Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/36/EU om forebyggelse og bekæmpelse af menneskehandel og beskyttelse af ofrene herfor

C/2023/1392 Kommissionens Meddelse – Vejledning om retten til fri bevægelighed for EU-borgere og deres familie

Rapport utarbejdet av Kommisjonen

KOM (2008) 840 endelig Rapport fra kommissionen til Europa-parlamentet og Rådet om anvendelsen af direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område

ESA sak

ESA sak nr. 78450 ESA brev av 7. september 2021 (dokumentnr. 1223899).
Tilgjengelig her:
<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Supplementary%20request%20for%20information%20-%20assessment%20of%20marriages%20of%20convenience.pdf>

EØS-komiteens beslutning

EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett)

Norsk rett

Lover og forskrifter

1915	Lov 13. august 1915 om domstolene (domstolloven)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
2009	Forskrift 15. oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

Lovforarbeider

2004	NOU 2004:20 Ny utlendingslov
2007-2008	Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) Om lov om endringer i utlendingslovgivninga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)
2009-2010	Prop.49 L (2019-2020) i utlendingsloven (pålegg om DNA-testing, utestengelse av vertsfamilier fra au-pair ordningen mv.)
2009-2010	Prop.30 L (2009-2010) Endringer i utlendingsloven

Rettsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2000 s. 1811	Norges Høyesteretts dom av 16. november 2000 (Rt. 2000 s. 1811) <i>Finanger I</i>
HR-2016-2554-P	Norges Høyesteretts dom av 16. desember 2016 (HR-2016-2554-P) <i>Holship</i>
HR-2021-1435-A	Norges Høyesteretts dom av 1. juli 2021 (HR-2021-1435-A)

Avgjørelser fra tingretten og lagmannsretten

TOSLO-2012- 112718	Oslo tingretts dom av 19. desember 2012 (TOSLO-2012-112718)
TOSLO-2012-112718	Oslo tingretts dom av 2. mars 2018 (TOSLO-2012- 112718)
LB-2019-33460	Borgarting lagmannsretts dom av 6. september 2019 (LB-2019-33460)
LB-2020- 142313	Borgarting lagmannsretts dom av 13. september 2021 (LB-2020-142313)

Stortingsvedtak, innstillinger og utredninger

2007-2008	St.prp. nr. 42 (2007-2008) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium
2008-2009	Innst. O.nr. 33 (2008–2009) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)
2020	NOU 2020:9 Blindsonen. Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området

Rundskriv og instruks

UDI 2010-025	Familieinnvandring med EØS-borger: Informasjon om familieinnvandring med statsborgere fra et EU/EØS/EFTA-land, uavhengig av familiemedlemmets statsborgerskap
Nr: AI-1/2022	Instruks om tolkningen av vilkårene for avledet oppholdsrett for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av EØS-borgere

Artikkel

Regjeringa (2023)

Regjeringa. (01.12.2023). *Aktørar og ansvarsforhold i utlendingsforvaltninga*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/innvandrings-og-integrering/innsikt/aktorar-og-ansvarsforhold-i-utlendingsforvaltninga/id448310/>