



E-16/20-11

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-16/20

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

Q m.fl.

og

Den norske stat v/Utlendingsnemnda (UNE)

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

I Innledning

1. Ved brev 18. november 2020, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken som står for den mellom Q m.fl. og den norske stat v/Utlendingsnemnda.
2. Saken for den anmodende domstol gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas beslutning 4. februar 2020 om avslag på søknad om oppholdskort inngitt av Q, som er statsborger av Peru. Q har bygget kravet om opphold i Norge på europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF («direktivet»).
3. Ifølge den anmodende domstol reiser saken spørsmål om direktivet, alene eller i lys av EØS-avtalen, gir en avledet rett til opphold i Norge for Q, en tredjelandsborger som er forelder til et mindreårig barn som bor i Norge, men som er borger av en annen EØS-stat.

EFTA-domstolen har også blitt bedt om å ta stilling til om retten til videre opphold for et barn av en EØS-borger og dette barnets forsørger etter direktivet artikkel 12 nr. 3 også gjelder en EØS-borgers stebarn etter EØS-borgerens utreise. Og i så tilfelle om dette også gjelder når EØS-borgeren før utreise har søkt om skilsmisse fra forelderen som er tredjelandsborger. Endelig ber den anmodende domstol EFTA-domstolen svare på om dette ville være tilfelle også om ekteskapet til barnets mor eller far var et misbruk etter direktivet artikkel 35, men ble oppfattet som reelt for EØS-borgeren og barnet.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

4. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004 L 158, s. 77), rettet ved EUT 2004 L 229, s. 35, EUT 2005 L 30, s. 27, og EUT 2005 L 197, s. 34, ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») vedlegg VIII nr. 3 (Etableringsrett) og vedlegg V nr. 1 og 2 (Fri bevegelighet for arbeidstakere) ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17) («EØS-komiteens beslutning»). Forfatningsrettslige krav angitt av Island, Liechtenstein og Norge, ble oppfylt 9. januar 2009, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2009.

5. Artikkel 1 i EØS-komiteens beslutning lyder, i utdrag:

I avtalens vedlegg VIII gjøres følgende endringer:

[...]

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.

b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.

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

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

6. Direktivet artikkel 2, med overskriften «Definisjoner», lyder:

I dette direktiv menes med:

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

2. «familiemedlem»

a) ektefelle,

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

c) slektninger i rett nedstigende linje som er under 21 år eller forsørges av unionsborgeren, og tilsvarende for ektefellen eller partneren som definert i bokstav b),

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

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

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

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

a) er lønnstaker eller selvstendig næringsdrivende i vertsstaten, eller

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

c) – er tatt opp ved en privat eller offentlig institusjon som er godkjent eller

finansiert av vertsstaten på grunnlag av dens lovgivning eller administrative praksis, med hovedformål å følge et studium, herunder yrkesopprettet opplæring, og

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

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

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

[...]

8. Direktivet artikkel 12, med overskriften «Familiemedlemmers rett til å beholde oppholdsretten ved unionsborgerens død eller utreise», lyder i utdrag:

[...]

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

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

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

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

11. Artikkel 10 i forordning 492/2011 lyder:

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

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

Nasjonal rett og praksis

12. I lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her («utlendingsloven») § 110 første, andre og tredje ledd, med overskriften «Nærmere om hvem kapittelet gjelder for», lyder i utdrag:¹

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

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

Med familiemedlem menes

a) ektefelle,

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

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

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

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

En EØS-borger har oppholdsrett utover tre måneder så lenge vedkommende

¹ Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

a) er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende,

b) skal yte tjenester,

c) råder over tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og eventuelle medfølgende familiemedlemmer og er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, eller

d) er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon. Det er et vilkår at formålet med oppholdet hovedsakelig er utdanning, herunder yrkesrettet utdanning, at vedkommende er omfattet av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet, og avgir en erklæring om at vedkommende har tilstrekkelige midler til å dekke underhold for seg selv og eventuelle familiemedlemmer.

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

En EØS-borger som er familiemedlem og følger eller gjenforenes med en EØS-borger som har oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, har rett til å oppholde seg i riket så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

En EØS-borger som er ektefelle, samboer eller forsørget barn under 21 år og som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d, har rett til å oppholde seg i riket så lenge EØS-borgerens oppholdsrett består.

Ved EØS-borgerens utreise fra riket eller død bevarer familiemedlemmer som er EØS-borgere oppholdsretten så lenge de selv oppfyller vilkårene i § 112 første ledd. Uansett bevarer EØS-borgerens barn og den personen som har foreldreansvaret, oppholdsretten så lenge barnet er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon.

Ved skilsmisse eller opphør av samboerskap bevarer familiemedlemmet til en EØS-borger oppholdsretten så lenge vedkommende selv oppfyller vilkårene i § 112 første ledd.

[...]

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

Bestemmelsene i § 113 første og annet ledd gjelder tilsvarende for utlendinger som ikke er EØS-borgere, dersom de er familiemedlemmer til en EØS-borger med

oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav a, b eller c, eller dersom de er ektefeller, samboere eller forsørget barn under 21 år som følger eller gjenforenes med en EØS-borger med oppholdsrett etter § 112 første ledd bokstav d.

[...]

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

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

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

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

c) det foreligger en særlig vanskelig situasjon, for eksempel at ektefellen som ikke er EØS-borger, eller eventuelle barn har vært utsatt for vold eller andre alvorlige overgrep i ekteskapet, eller

d) ektefellen som ikke er EØS-borger, ved avtale eller dom utøver samvær med barn i riket.

III Faktum og saksgang

16. Q er peruviansk statsborger. Q er skilt og har to barn, A og B. B er født i 2001 og A er født i 2007. Barna er halvbrødre. B var statsborger av Peru ved ankomst til Norge, men ble gresk statsborger 19. april 2019. A er gresk statsborger.

17. C er gresk statsborger. Q og C ble samboere i Athen i 2013, og B og A bodde sammen med dem. Q, A og B («saksøkerne») har opplyst at Q og C ble forlovet i 2013.

18. C søkte om skilsmisse fra sin tidligere ektefelle 26. august 2013. Ekteskapet ble oppløst etter avgjørelse fra tingretten i Athen 24. februar 2014.

19. Q har en søster og en bror i Norge, som har bodd i Norge siden henholdsvis 2005 og 2009. De er hennes halvsøsken. Søsteren ble norsk statsborger i 2014. Broren er fortsatt statsborger av Peru.
20. I mars 2015 reiste C, Q og barna til Norge. Barna begynte på skole samme måned.
21. 10. mars 2015 søkte Q om oppholdstillatelse i Norge etter nasjonale regler om arbeidstillatelse som faglært. Søknaden var basert på et arbeidstilbud av 8. januar 2015 fra D, General Manager v/Dominos Pizza Norway, samt et arbeidstilbud undertegnet av saksøkers søster, E. Vedlagt søknaden var også en bekreftelse av 9. mars 2015 fra hennes søster, E, om at Q kunne bo hos henne. Av søknaden fremgikk det at Q søkte opphold fra 18. februar 2015 til 18. februar 2025.
22. Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo søknaden ved vedtak 7. april 2015. Begrunnelsen for avslaget var at hennes faglærte kompetanse ikke var relevant for stillingen ved Dominos Pizza. Q klagde på avslaget 29. april 2015. I klageomgangen fremla Q leiekontrakt som viste at hun og C leide en leilighet sammen i Norge fra 9. mars 2015. Dette er ikke bestridt. UNE fastholdt avslaget i vedtak 24. november 2015.
23. Q og C giftet seg 1. desember 2015 i Hellas. Q og barna søkte 15. desember 2015 om oppholdskort i Norge som familiemedlemmer til C. Vedlagt søknaden var lønnsutbetalinger for C fra august 2015 og påfølgende måneder, samt en arbeidskontrakt for C med Dominos Pizza signert av E 11. desember 2015. Søknadene ble innvilget 22. desember 2015 for A og 16. januar 2016 for Q og B.
24. Politiet foretok bostedskontroll 7. desember 2016. Ifølge politirapporten bodde C, Q og barna sammen.
25. 18. mai 2017 kontaktet C politiet i Norge og forklarte at Q hadde spurt om de kunne gifte seg etter UDIs avslag på første søknad om opphold, slik at hun og barna kunne bo i Norge på bakgrunn av familiegjengenforening. C opplyste at han selv var forelsket i Q da ekteskapet ble inngått. Han opplyste også at han hadde søkt om separasjon i Hellas i februar 2017. Han innga en skriftlig bekreftelse datert 16. mai 2017 på at han ikke lenger ønsket å være referanseperson for Q, samt en kopi av søknad 28. februar 2017 om skilsmisse i Hellas.
26. Q søkte 19. juni 2017 Fylkesmannen i Norge om separasjon.
27. Den 2. august 2017 meldte C at han hadde flyttet tilbake til Hellas, og han er registrert utflyttet fra Norge 17. august 2017.
28. C og Q er fortsatt formelt gift, da avtalt skilsmissehøring i Hellas ble utsatt på grunn av covid 19-pandemien.

29. Q søkte 15. desember 2017 om oppholdskort som familiemedlem til EØS-borger gjennom sønnen A. Søknaden ble 10. april 2019 avslått av UDI fordi Q og A ble ansett for ikke å oppfylle vilkårene for opphold i Norge, jf. utlendingsloven kapittel 13. Etter klage opprettholdt UNE avslaget i vedtak 13. november 2019.

30. Q sendte 25. november 2019 varsel om stevning til UNE. I beslutning 10. desember 2019 ble avslaget fastholdt.

31. Q tok 11. desember 2019 ut midlertidig forføyning mot avslaget på søknad om oppholdskort. Hun tok 16. desember 2019 også ut søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak og etterfølgende beslutning.

32. UNE vurderte av eget tiltak på nytt om vedtaket skulle omgjøres. I beslutning 4. februar 2020 opprettholdt UNE konklusjonene i sitt opprinnelige vedtak. Den anså også at Qs familieliv med C manglet realitet eller omfang. Saksøkerne har i prosesskriv 28. februar 2020 bestridt dette og fremlagt dokumentasjon på at C og Q hadde felles bostedsadresse i Hellas fra 2013, og et brev 15. mai 2015 fra C til Skatteetaten i Norge, hvor han opplyste at han ikke var ugift, men i realiteten var forlovet med Q. Q ble ikke orientert om at utlendingsmyndighetene vurderte ekteskapet som et omgåelsesekteskap før UNEs beslutning.

33. Ifølge den anmodende domstol har saksøkerne videre anført at A bevarer sin oppholdsrett etter direktivet artikkel 12 nr. 3 uavhengig av morens formål med ekteskapet, dvs. også dersom det anses å foreligge misbruk etter artikkel 35.

34. Staten oppfatter videre at stevningen gjelder Q og begge sønnene, selv om det ikke er søkt om oppholdskort for B, som er over 18 år. UNEs vedtak gjelder derfor ikke ham.

35. På denne bakgrunn har Oslo tingrett besluttet å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

- 1. EU-domstolen har fastslått at artikkel 21 TEUV og direktiv 2004/38/EF gir oppholdsrett i en vertsstat for et mindreårig barn som er borger av en annen EU-stat og som oppfyller vilkårene i artikkel 7 nr. 1 bokstav b, og at «de samme bestemmelsene» gir oppholdsrett til en forelder som er barnets forsørger i vertsstaten, jf. for eksempel sak C-86/12 Alokpa avsnitt 29. Samtidig har EU-domstolen fastslått at en slik forelder faller utenfor direktivets personkrets i henhold til artikkel 3 nr. 1, jf. Alokpa avsnitt 24–26.**

I en slik situasjon som beskrevet ovenfor, kan forelderens oppholdsrett bygge på direktivet alene eller i lys av EØS-avtalen, eller forutsetter en slik rett at direktivet anvendes sammen med artikkel 21 TEUV, eventuelt at direktivet tolkes utvidende i lys av artikkel 21 TEUV?

2. **Direktiv 2004/38/EF artikkel 12 nr. 3 gir rett til videre opphold til EØS-borgerens barn som er opptatt ved godkjent utdanningsinstitusjon og personen som har foreldreansvar for barnet dersom EØS-borgeren forlater landet. Kan særkullsbarn av ektefellen til EØS-borgeren, som fikk oppholdsrett med EØS-borgeren som referansepersone, også utlede en slik rett etter direktivet alene eller i lys av EØS-avtalen? Er dette også tilfellet dersom EØS-borgeren forut for utreise har søkt om skilsmisse fra forelderene til særkullsbarnet?**
3. **Hvis svaret på spørsmål 2 er ja, er dette også situasjonen dersom ekteskapet til barnets far eller mor var et misbruk etter artikkel 35 i direktiv 2004/38/EF, men ble oppfattet som reelt for EØS-borgeren og barnet?**

IV Skriftlige innlegg

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

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

V Fremsatte forslag til svar

Q m.fl.

37. Q m.fl. anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

[...] [En] forelders oppholdsrett i en situasjon som beskrevet ovenfor kan bygge på direktivet alene, evt. i lys av EØS-avtalen, og at en slik rett ikke forutsetter at

direktivet anvendes sammen med artikkel 21 TEUV.

Spørsmål 2:

[...] [S]pørsmålet om særkullsbarn av ektefellen til EØS-borgeren har rett til videre opphold etter artikkel 12 nr. 3, evt. i lys av EØS-avtalen, også har rett til videre opphold i vertsstaten dersom EØS-borgeren har søkt om skilsmisse før utreise må besvares bekreftende.

Spørsmål 3:

[S]pørsmålet må besvares bekreftende.

Den norske stat

38. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *En tredjelandsborger som er forelder til en mindreårig EØS-borger, faller ikke inn under definisjonen av «familiemedlem» i artikkel 2 nr. 2 og er derfor ikke en berettiget person etter direktiv 2004/38/EF artikkel 3 nr. 1. Følgelig kan en person, slik som saksøkeren i hovedsaken, ikke kreve avledet oppholdsrett med hjemmel i direktivet artikkel 7 nr. 2, og i mangel av en bestemmelse tilsvarende TEUV artikkel 21 foreligger det heller ingen bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel som skaper slike rettigheter sammenholdt med direktiv 2004/38/EF.*
2. *Selv om både EØS-borgerens og ektefellens barn er EØS-borgerens familiemedlemmer etter artikkel 2 nr. 2 i direktiv 2004/38/EF, og dermed er berettigede personer etter direktivet artikkel 3, er omfanget av de familiemedlemmer som etter artikkel 12 nr. 3 gis rettigheter, begrenset til «vedkommendes barn og forelderen som har den faktiske omsorgen for barna». Derfor har et barn som ikke er EØS-borgerens slektning i rett nedstigende linje, bare hans/hennes ektefelles, ikke rett til å beholde rettighetene etter artikkel 12 nr. 3 etter EØS-borgerens utreise.*

Subsidiært, under forutsetning av at rettighetene gitt ved artikkel 12 nr. 3 også omfatter barna til EØS-borgerens ektefelle, kan slike personer etter nevnte bestemmelse uansett ikke beholde rettigheter avledet fra EØS-borgerens rettigheter når skilsmisssak har blitt innledet mellom EØS-borgeren og hans/hennes ektefelle før EØS-borgerens utreise fra EØS-staten.

3. *I lys av det foranstående svar er det ikke nødvendig å besvare det tredje forelagte spørsmål.*

Subsidiært, siden fortsatt oppholdsrett for EØS-borgerens stebarn og ektefelle etter artikkel 12 nr. 3 er avledet av at de er familiemedlemmer til EØS-borgeren, idet de gis denne status som følge av ekteskapet mellom EØS-borgeren og tredjelandsborgeren, kan disse rettigheter nektes, oppheves eller tilbakekalles dersom ekteskapet utgjør misbruk av rettigheter etter artikkel 35 i direktiv 2004/38/EF.

For å bevise at det foreligger slikt misbruk, må det for det første foreligge en kombinasjon av objektive omstendigheter der formålet med EØS-reglene ikke har blitt oppnådd til tross for at vilkårene formelt sett er overholdt, og for det andre et subjektivt element som består i en intensjon om å oppnå en fordel av EØS-reglene ved kunstig å skape vilkårene som er fastsatt for å oppnå den.

I forbindelse med et ekteskap som er inngått mellom en EØS-borger og en tredjelandsborger, består det subjektive element i intensjonen – hovedformålet eller det grunnleggende mål – hos tredjelandsborgeren om å oppnå en avledet oppholdsrett etter direktiv 2004/38/EF ved å inngå ekteskap og dermed ved kunstig å skape vilkårene for å oppnå en avledet oppholdsrett.

ESA

39. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

- 1. I en situasjon som den hovedsaken gjelder, har et barn som er EØS-borger en selvstendig rett til opphold i vertsstaten etter direktiv 2004/38 artikkel 7 nr. 1 bokstav b, forutsatt at vilkårene fastsatt i nevnte bestemmelse er oppfylt. Denne rett innebærer at en tredjelandsborger som er dette barns forelder og forsørger, etter samme bestemmelse har rett til å bo med barnet i en annen EØS-stat.*
- 2. Et barn som er særkullsbarn av ektefellen til EØS-borgeren, som har fått oppholdsrett med EØS-borgeren som referanseperson, kan utlede en rett til videre opphold i vertsstaten på grunnlag av direktiv 2004/38 artikkel 12 nr. 3, forutsatt at barnet er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon. Dette er også tilfelle dersom EØS-borgeren forut for utreise har søkt om skilsmisse fra forelderens til særkullsbarnet. Denne rett innebærer at en tredjelandsborger som er dette barns forelder og forsørger, etter samme bestemmelse har rett til å bo med barnet i denne stat.*

Kommisjonen

40. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Når en EØS-borger som er arbeidstaker og er eller har vært ansatt på en annen EØS-stats territorium, skal dennes barn som har blitt opptatt ved denne stats allmenne utdanningssystem, ha en selvstendig oppholdsrett i denne stat etter forordning (EU) 492/2011 artikkel 10. En slik oppholdsrett innebærer at den forelder som er barnets forsørger, bør anses å ha en tilsvarende oppholdsrett.

Rettighetene som forordning (EU) 492/2011 artikkel 10 gir barn av en EØS-borger som er eller har vært ansatt på en annen EØS-stats territorium, er ikke begrenset til felles barn av EØS-borgeren og hans eller hennes ektefelle, men omfatter også ektefellens særkullsbarn. Disse rettigheter berøres ikke av det faktum at den berørte EØS-borger har innledet skilsmisssak før sin utreise fra vertsstaten.

Dersom myndighetene i en EØS-stat har brakt på det rene at et ekteskap mellom en EØS-borger og en tredjestatsborger utgjør misbruk som omfattes av det generelle forbud mot rettsmisbruk, kan EØS-staten treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter avledet av slikt misbruk. Likevel må ethvert slikt tiltak være forholdsmessig, være i tråd med garantiene for rett saksbehandling og sikre full respekt for barnets rettigheter. Et inngripende tiltak kan ikke under noen omstendighet begrense oppholdsretten til barn som selv er EØS-borgere og har en selvstendig rett til opphold etter EØS-retten.

Páll Hreinsson
Saksforberedende
dommer