

# Kravet om at partene skal bo sammen ved familieinnvandring til ektefelle

4.3.2021 (2020/2662)

Klageren hadde fått innvilget oppholdstillatelse for familieinnvandring med ektefellen (referansepersonen). Tillatelsen ble fornyet flere ganger, men da klageren søkte om permanent oppholdstillatelse, kom det frem at referansepersonen en periode hadde utført konsulentoppdrag i Sverige. Utlendingsnemnda (UNE) kom til at klageren og referansepersonen i denne periode ikke hadde oppfylt kravet i utlendingsloven § 40 tredje ledd om at partene skal «bo sammen». De viste til at referansepersonen i den aktuelle perioden hadde vært fire dager eller flere i uka på oppdrag i Sverige.

Sivilombudsmannen er kommet til at UNE har lagt til grunn en for streng forståelse av hva som skal til for å anses å «bo sammen». At referansepersonen normalt var på jobb i Sverige fire dager per uke, var ikke avgjørende, når han tilbragte flertallet av ukens kvelder og netter på felles adresse i Norge. UNE skulle dessuten ha lagt vekt på at partene hadde bodd sammen i Norge i mange år før den avgrensede perioden med pendling til Sverige. Oppdraget som medførte pendling, var dessuten initiert av referansepersonens arbeidsgiver, og det ble ikke etablert noen selvstendig husholdning i Sverige. Samlet

**sett må partene anses å ha bodd sammen i lovens forstand i den aktuelle perioden.**

**Etter ombudsmannens syn er UNEs vedtak ugyldig. UNE bes om å behandle saken på nytt innen 15. april 2021.**

## **Sakens bakgrunn**

A, heretter kalt klageren, fikk oppholdstillatelse i 2013 for familieinnvandring med ektefellen B, heretter kalt referansepersonen (klageren og referansepersonen vil bli omtalt samlet som partene). Tillatelsen ble fornyet flere ganger, blant annet i vedtak fra Oslo politidistrikt 23. november 2017 for perioden 5. januar 2018 til 5. januar 2020. Klageren søkte om permanent oppholdstillatelse 7. mars 2019. Vedlagt søknaden lå en erklæring fra referansepersonens arbeidsgiver fra 6. mars 2018 om at han ville oppholde seg i Sverige i snitt tre dager per uke og ha ukentlige hjemreiser i ett år fra 23. mars 2018. Arbeidsgiveren er et stort internasjonalt konsulent- og teknologiselskap.

Utlendingsdirektoratet (UDI) sendte 13. januar 2020 forhåndsvarsel om tilbakekall av oppholdstillatelsen til klageren. De viste til at referansepersonen hadde oppholdt seg store deler av året i utlandet, og at vilkåret om å bo sammen i utlendingsloven (utl.) § 40 tredje ledd dermed ikke var oppfylt. Dagen etter forhåndsvarselet avsto UDI søknaden om permanent oppholdstillatelse, men innvilget en ny, midlertidig oppholdstillatelse. Avslaget var, slik ombudsmannen forstår det, en konsekvens av forhåndsvarselet om tilbakekall, og at klageren ikke ble ansett å ha hatt lovlig opphold i landet de siste tre årene, jf. vilkårene i utl. § 62 første ledd.

UDI fattet vedtak om å tilbakekalle klagerens oppholdstillatelse for perioden 23. mars 2018 til 8. mars 2019, fordi de mente at partene ikke hadde bodd sammen som forutsatt i denne perioden. Vedtaket ble påklaget, og Utlendingsnemnda (UNE) fattet vedtak i saken, der de delvis omgjorde UDIs vedtak. Tilbakekallet av den midlertidige arbeidstillatelsen ble endret til en noe kortere periode, fra 23. mars 2018 til 19. desember 2018.

UNE begrunnet i hovedsak vedtaket på følgende måte:

Tilbakekallet er hjemlet i utlendingsloven § 63, der det står at vedtak kan tilbakekalles dersom det følger av «alminnelige forvaltningsrettslige regler». Etter forvaltningsloven § 35 femte ledd siste alternativ kan et vedtak dessuten omgjøres til skade for en person dersom hensynene som taler for tilbakekall veier vesentlig tyngre enn de hensynene som taler mot. Selv om det aktuelle vedtaket ikke angir noe krav om å bo sammen, var dette et vilkår i klagerens opprinnelige vedtak om oppholdstillatelse. Uansett er det grunnlag for å tilbakekalle etter ulovfestede, alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Vedtaket legger til grunn at kravet om å bo sammen i utlendingsloven § 40 tredje ledd må tolkes strengt. Referansepersonen hadde vært fire dager eller mer per uke i Sverige i perioden og hadde vært mer borte fra familien enn hjemme. Vilkårene for tillatelse hadde derfor ikke vært oppfylt i hele tillatelsesperioden, da partene ikke kunne anses for å ha bodd sammen. Hensynene som talte for tilbakekall, ble ansett å veie vesentlig tyngre enn hensynet til klageren og de nærmeste familiemedlemmene.

Advokat Preben Henriksen klaget vedtaket om tilbakekall inn for ombudsmannen på vegne av klageren. Han anførte blant annet at referansepersonen var bosatt i Norge også i den tiden han jobbet og oppholdt seg deler av uken i Sverige, og at han og klageren hadde hatt familieliv selv om han pendlet til Sverige fra tirsdag til fredag.

## Våre undersøkelser

Vi besluttet å undersøke nærmere UNEs vurdering av kravet om at partene skal «bo sammen» i utlendingsloven § 40 tredje ledd. Blant annet spurte vi om det var et krav at partene overnattet på samme sted minst halvparten av tiden for å anses å bo sammen og hva som eventuelt var rettskildegrunnlaget for en slik tolkning.

I forarbeidene (Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)) står at det som hovedregel må godtas at partene er mye atskilt fordi den ene har arbeid i Nordsjøen eller lignende, men at det som utgangspunkt ikke godtas i tilfeller der den ene parten ukependler. Vi spurte om denne distinksjonen gjelder kravet om å bo sammen eller muligheten for unntak dersom «særskilte omstendigheter tilsier noe annet». Videre ble UNE spurt om det er mest naturlig å sammenligne referansepersonen i denne saken med en som ukependler eller en som arbeider i Nordsjøen.

Vi spurte også hvilken betydning det har at han bodde på hotell og ikke hadde egen husholdning i Sverige, at partene hadde bodd sammen i flere år før den aktuelle perioden, og at de også hadde bodd sammen i tiden etterpå.

UNE ble videre bedt om å kommentere at flertallet i komiteen i Stortinget (Innst. O. nr. 42 (2007-2008)) mente at det i arbeidet med ny forskrift burde ses på muligheten for en mer fleksibel praktisering av kravet i § 40 tredje ledd ved søknader om fornyelse enn ved første gangs tillatelse når sterke rimelighetsgrunner tilsier dette.

Vi stilte også enkelte spørsmål knyttet til UNEs forståelse av hva som var «særskilte omstendigheter» i § 40 tredje ledds forstand, herunder om UNE hadde plikt til å ta stilling til om det foreligger «særskilte omstendigheter» ved vurderingen av tilbakekall, og om vurderingen av dette er et lovbestemt eller diskresjonært skjønn.

UNE svarte at det ikke følger direkte av utlendingsloven § 40 tredje ledd at partene må overnatte på samme sted minst halvparten av tiden for å anses å bo sammen. Bestemmelsens formål, forarbeider, rettspraksis og forvaltningspraksis tilsier at partene må bo sammen mer enn halvparten

av tiden for å oppfylle vilkåret. UNE mente forarbeidenes omtale av ukependlere og de som arbeider i Nordsjøen knytter seg til unntaket om «særskilte omstendigheter». Omfanget av pendling kan ha betydning for om vilkåret om å bo sammen er oppfylt.

UNE mente at referansepersonen i denne saken var mest naturlig å sammenligne med en ukependler, fordi han oppholdt seg i Sverige tilsvarende fire dager i uken eller mer i den aktuelle perioden. Momenter som partenes forhistorie, og at de hadde bodd sammen i tiden etter, er ikke relevant for vurderingen av om de bodde sammen, men kan ha betydning for vurderingen av om det foreligger «særskilte omstendigheter».

UNE viste til at klageren opplyser at referansepersonen ikke ville tatt jobben i Sverige dersom han hadde visst at det kunne skape problemer for ektefellens tillatelse. De mente dette viste at det ikke var påkrevd for ham å jobbe i Sverige, og at arbeidet derfor ikke kunne sidestilles med arbeid i Nordsjøen.

Advokat Henriksen kommenterte UNEs redegjørelse og anførte blant annet at med UNEs forståelse ville en ektefelle av en person med arbeid på fastlandet ikke falle inn under «særskilte omstendigheter» dersom ektefellen senere skulle ha fått arbeid i Nordsjøen. «Særskilte grunner» måtte derfor også vurderes ved behandlingen av en sak om tilbakekall. Advokat Henriksen viste også til at det bare sto i forarbeidene at ukependlere som «utgangspunkt» ikke var omfattet, og at dette ikke utelukker at det i et konkret tilfelle kan være «særskilte omstendigheter». Partene kan heller ikke anses å ha oppholdt seg på ulike adresser, fordi oppholdet i Sverige var for perifert, og oppholdet i Norge var for omfattende.

## Ombudsmannens syn på saken

### 1. Innledning

Undersøkelsen av saken omfattet både spørsmål om tolkningen av «bo sammen» i utlendingsloven § 40 tredje ledd og om betydningen av adgangen til unntak der «særskilte omstendigheter tilsier noe annet». Spørsmålene knyttet til «særskilte omstendigheter» blir ikke nærmere drøftet her, fordi ombudsmannen er kommet til at partene må anses å «bo sammen» i lovens forstand, se under.

Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom det følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler, se utlendingsloven § 63 første ledd. I denne saken fremgår det ikke helt klart om UNE legger til grunn at tillatelsen kan tilbakekalles fordi det følger av vedtaket selv, se forvaltningsloven § 35 annet alternativ, eller om tillatelsen tilbakekalles fordi hensynene som taler for tilbakekall veier vesentlig tyngre enn de som taler imot. Det har ikke vært grunn til å gå nærmere inn på dette her, fordi tilbakekall for den aktuelle perioden under enhver omstendighet vil være avhengig av at partene ikke oppfylte kravet til å bo sammen i utlendingsloven § 40 tredje ledd.

## 2. Kravet om å bo sammen

Ved familieinnvandring på grunnlag av ekteskap er det et vilkår for oppholdstillatelse at partene skal ha felles bosted, jf. utl. § 40 tredje ledd, som lyder:

«Med mindre særskilte omstendigheter tilsier noe annet, er det et vilkår at ektefellene skal bo sammen.»

Tolkningen av vilkåret må ta utgangspunkt i ordlyden. Hva som kreves for å bo sammen, vil etter alminnelig språkbruk kunne bero på flere ulike momenter. Av Borgarting lagmannsretts dom LB-2012-598 fremgår det at Staten i rettsforhandlingene fremholdt at en naturlig språklig forståelse av kravet er at partene har felles adresse hvor de utøver normalt samliv mesteparten av fritiden. Ombudsmannen er enig i at oppholdssted på fritiden, og særlig på nettene, vil ha stor betydning. Hvor partene er i arbeidstiden kan neppe spille noen rolle. Flere andre momenter vil imidlertid også kunne ha betydning ut fra ordlyden, slik det er nærmere redegjort for nedenfor.

Hvordan kravet om å bo sammen skal forstås, og muligheten for unntak ved særskilte omstendigheter, ble nærmere omtalt i forarbeidenes spesielle motiver, se Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) side 424 gjengitt under, og de tilsvarende formuleringene i proposisjonens generelle motiver, side 190 punkt 9.6.2.5.:

«Tredje ledd viderefører et hovedkrav om at partene skal bo sammen. Departementet har foreslått at det fastsettes en uttrykkelig adgang til å gjøre unntak fra hovedkravet dersom særskilte omstendigheter tilsier det. I de generelle merknadene er det vist til som eksempel at referansepersonen skal arbeide for norske interesser eller for en humanitær organisasjon i utlandet. For øvrig vil departementet bemerke at bestemmelsen må tolkes restriktivt. Som utgangspunkt bør det ikke godtas at partene lever på forskjellige adresser som følge av skolegang eller jobb, heller ikke i tilfeller hvor det anføres at den ene parten ukependler. På den annen side må det for eksempel godtas at partene er mye atskilt som følge av at den ene parten har arbeid i Nordsjøen eller lignende. [...]»

Forarbeidenes føring om en restriktiv tolkning, og angivelsen av situasjoner hvor vilkårene i § 40 tredje ledd ikke anses oppfylt, kan tilsi at «bo-sammen kravet» skal være noe strengere enn det som følger av en alminnelig forståelse av hva det vil si å bo sammen.

Hvordan man skal forstå føringene, er imidlertid ikke helt klart. Det tilsier en viss varsomhet med hva man trekker ut av departementets merknader til bestemmelsen.

Det er særlig uklart hva som menes med at «partene lever på forskjellige adresser» som følge av skolegang eller jobb. Det kan forstås som at de er folkeregistrert på ulike adresser som følge av skolegang og jobb. En mer nærliggende tolkning er at departementet har ment å vise til situasjoner der partene er folkeregistrert på samme adresse, men likevel faktisk har to bosteder som følge av

jobb eller skole. Det kan f.eks. være tilfelle for studenter eller der partene har et etablert felles hjem, se folkeregisterforskriften § 5-1-4 og § 5-2-1.

Videre er det noe uklart hvordan man skal trekke grensen mellom den ukependling som i utgangspunktet ikke godtas, og akseptabel adskillelse som følge av arbeid i Nordsjøen eller lignende. Arbeid i Nordsjøen innebærer gjerne lengre perioder fravær kombinert med påfølgende lengre nærvær i hjemmet og har dermed klare likhetstrekk med ukependling. Et moment som imidlertid kan tenkes å skille ukependling fra arbeid i Nordsjøen, er at ukependleren ofte vil etablere en egen bolig på arbeidsstedet, mens nordsjøarbeideren overnatter på arbeidsplassen. Å tillegge en slik forskjell betydning samsvarer godt med en alminnelig forståelse av hva det innebærer å «bo sammen».

UNE har i forbindelse med denne saken anført at forarbeidenes sontring mellom arbeidere i Nordsjøen og ukependlere gjelder vurderingen av hva som kan utgjøre «særskilte omstendigheter», og ikke spørsmålet om ektefellene bor sammen. Forarbeidene gir ikke i seg selv noe klart svar på hvilket vilkår omtalen av Nordsjøtilfellene gjelder, men tidligere praksis gir noe veiledning.

Kravet til felles bosted i § 40 første ledd er en videreføring av bestemmelsen i utlendingsforskriften 1990 § 23 første ledd bokstav a. Unntaket for tilfeller der «særskilte omstendigheter tilsier noe annet», ble imidlertid først innført i dagens utlendingslov. UNEs tidligere praktisering av kravet til å bo sammen i forskriften § 23 første ledd bokstav a er beskrevet i ombudsmannens uttalelse 5. juli 2007 (SOMB-2007-66):

«Nemnda har i sin praksis lagt til grunn at kravet om at partene skal bo sammen i utgangspunktet må tas bokstavelig.

Nemnda har imidlertid tatt høyde for at ekteskapelig samliv rommer et vidt spekter av variasjon som gjør det vanskelig å oppstille spesifikke krav som forholdet kan måles opp mot. De foreliggende opplysninger i hver sak må vurderes helhetlig. Nemnda har for eksempel lagt til grunn at det aksepteres at partene ikke bor sammen dersom en av partene arbeider i Nordsjøen. Forvaltningen har i slike saker lagt til grunn at det pga arbeidets karakter ikke medfører avslag på grunnlag av «bo sammen»-kravet.

Nemnda har uttalt at en viss grad av fravær fra felles bopel vil kunne aksepteres i forhold til vilkåret om å bo sammen, for eksempel som følge av deltakelse på kurs, pendling i forbindelse med arbeid osv. Det er imidlertid lagt til grunn i forvaltningspraksis at ukependling som hovedregel ikke er akseptert.»

Betydningen av arbeid i Nordsjøen ble her nødvendigvis vurdert opp mot kravet om å bo sammen – da unntaket for særskilte omstendigheter først ble innført senere. Etter ombudsmannens syn tilsier derfor tidligere praksis klart at forarbeidenes omtale av arbeid i Nordsjøen må anses å gjelde kravet om å bo sammen.

Under behandlingen av loven i Stortinget uttrykte komiteens flertall at det i arbeidet med ny forskrift burde ses på muligheten for en mer fleksibel praktisering av kravet om å bo sammen ved fornyelser enn ved første gangs tillatelse når sterke rimelighetsgrunner tilsier det, se Innst. O. nr. 42 (2007-2008) punkt 8.2. Det er ikke gitt noen slik forskriftsbestemmelse, men merknaden viser likevel at stortingsflertallet ønsket en lempeligere vurdering der partene har hatt et etablert samliv i Norge på forhånd. I tvilstilfeller kan det derfor være grunn til å se hen til tidligere samliv på felles adresse. Etter ombudsmannens syn kan det i slike tilfeller også være grunn til å vektlegge hvor lenge det reduserte samværet er ment å vare, og om det er sannsynliggjort at samlivet vil gjenopptas i større omfang etter at perioden er over.

Samlet sett vil vurderingen av pendlertilfellene særlig bero på hvor mye partene oppholder seg sammen på felles adresse i fritiden og på nettene. Det kan neppe oppstilles noen klar grense for mye tid per uke partene må oppholde seg på samme adresse for å bo sammen, da andre faktorer også vil ha betydning. Ombudsmannen er likevel enig i at ved ukependling der én av partene oppholder seg et annet sted fra mandag til fredag, er forarbeidenes utgangspunkt at partene ikke kan anses å «bo sammen». Forarbeidene forutsetter imidlertid at dette etter forholdene kan stille seg annerledes.

Der pendlingen gjelder færre enn fem dager per uke, eller er ment å vare i en begrenset periode, gjelder det neppe noe slikt utgangspunkt. Disse tilfellene må etter ombudsmannens syn avgjøres etter en samlet vurdering, hvor det blant annet vil kunne ha betydning om det etableres en selvstendig husstand på arbeidsstedet, om arbeidets art forutsetter opphold på annet sted, om partene tidligere har hatt langvarig samliv på felles adresse og om de gjenopptar samliv på felles adresse etter den aktuelle perioden.

### **3. Vurdering av om partene i denne saken kunne anses å «bo sammen»**

Ut fra UNEs vedtak og redegjørelse hit, kan det synes som om UNE har lagt avgjørende vekt på antallet arbeidsdager referansepersonen har oppholdt seg i Sverige. Som det fremgår av punkt 2 over, er ikke dette en riktig forståelse av loven. For det første må det foretas en helhetlig vurdering av situasjonen, der også andre momenter er relevante. For det andre må det sondres mellom arbeidstid og fritid. UNE har kun sett hen til antall dager på jobb i Sverige, og ikke til antall kvelder eller overnattinger. Opplysninger fra klageren og referansepersonens arbeidsgiver, som UNE ser ut til å ha lagt til grunn, viser at referansepersonen som regel reiste til Sverige tirsdag morgen og kom hjem fredag kveld. Referansepersonen tilbragte dermed fire netter per uke hjemme og tre på hotell i Sverige.

Forarbeidenes føringer om at ukependlere normalt ikke skal anses å «bo sammen», kan neppe være avgjørende i et tilfelle hvor partene tilbragte et flertall av kvelder og overnattinger på partenes felles adresse i Norge. Hvor man oppholder seg på fritiden og om nettene har større betydning for hvor man anses å bo enn hvor man oppholder seg i arbeidstiden.

Omfanget av oppholdet på felles adresse er etter ombudsmannen syn alene tilstrekkelig til at partene må anses å bo sammen. I denne saken trekker dessuten flere andre momenter i retning av at partene oppfylte kravet om å bo sammen.

Partene hadde gjennom flere år bodd sammen i felles husholdning med felles barn før referansepersonen ble satt til å utføre oppdragene i Sverige. Da UNE vedtok tilbakekall, var også oppdraget i Sverige avsluttet, og partenes daglige samliv gjenopptatt. Videre hadde ikke referansepersonen etablert noen selvstendig husholdning i Sverige, men bodde på hotell.

Pendlingen til Sverige gjaldt dessuten en avgrenset periode og virker å ha vært initiert av arbeidsgiveren. Selv om det ikke var strengt nødvendig for ham å pendle til Sverige for å utøve yrket sitt, trekker også dette i retning av at partene måtte anses å «bo sammen».

En helhetlig vurdering i denne saken tilsier at partene klart må anses å ha oppfylt kravet om å bo sammen i utlendingsloven § 40 tredje ledd. At UNE har kommet til et annet resultat, beror etter ombudsmannens syn på at de har tolket lovens krav om å bo sammen feil. Denne feilen har påvirket utfallet av saken, og UNEs vedtak er derfor ugyldig.

## Konklusjon

Sivilombudsmannen er kommet til at UNE har lagt til grunn en for streng forståelse av hva som skal til for å anses å «bo sammen», jf. vilkåret i utlendingsloven § 40 tredje ledd. At referansepersonen normalt var på jobb i Sverige fire dager per uke, var ikke avgjørende, når han tilbragte flertallet av ukens kvelder og netter på felles adresse i Norge. UNE skulle dessuten ha lagt vekt på at partene hadde bodd sammen i Norge i mange år før den avgrensede perioden med pendling til Sverige. Oppdraget som medførte pendling, var dessuten initiert av referansepersonens arbeidsgiver, og det ble ikke etablert noen selvstendig husholdning i Sverige. Samlet sett må partene anses å ha bodd sammen i lovens forstand i den aktuelle perioden.

Etter ombudsmannens syn er UNEs vedtak ugyldig. UNE bes om å behandle saken på nytt innen 15. april 2021.

4.3.2021 (2020/2662)