

Skjønnsvurderingen av om familieinnvandring til ektefelle skal avslås som følge av omgåelsesekteskap

7.12.2021 (2020/3952)

Saken gjelder et avslag på søknad om oppholdstillatelse for familieinnvandring på bakgrunn av ekteskap.

Utlendingsnemnda (UNE) kom til at klagerens hovedsakelige formål med inngåelsen av ekteskapet på vigselstidspunktet var å etablere et grunnlag for oppholdstillatelse i Norge, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. I slike tilfeller «kan» myndighetene avslå oppholdstillatelse. Saken gjelder UNEs vurdering av kan-skjønnnet.

Ombudet har kommet til at det er mangler ved UNEs skjønnsmessige vurdering av om oppholdstillatelse skulle avslås etter bestemmelsen i utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

I vedtaket gis det feilaktig uttrykk for at ektefellens motiv for ekteskapet ikke er relevant for skjønnnet. Videre har UNE lagt uforholdsmessig mye vekt på klagerens hovedformål med ekteskapet på vedtakstidspunktet. UNEs beskrivelse av terskelen for å innvilge tillatelse etter kan-skjønnnet i utlendingsloven § 40 fjerde ledd som generelt «høy», bidrar også til tvil om UNE har tatt riktig utgangspunkt for skjønnnet.

Ombudet er kommet til at UNE har tatt et uriktig utgangspunkt for skjønnnet. De har ikke fulgt opp føringene i forarbeidene til §

40 fjerde ledd og UNEs skjønnsutøvelse har ikke vært tilstrekkelig saklig og forsvarlig.

På denne bakgrunn bes UNE om å behandle saken på nytt innen 17. januar 2022.

Sakens bakgrunn

A (klageren) søkte i september 2012 om familieinnvandring på bakgrunn av ekteskap med B (ektefellen). De opplyste at de var forlovet og giftet seg i løpet av sakens gang. Klageren fikk avslag på søknaden fra Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE). Avslaget var begrunnet med at det ikke var sannsynliggjort at partene hadde til hensikt å inngå ekteskap med sikte på å bo sammen og ha et reelt familieliv. Klageren tok ut søksmål mot UNE, og i dom 5. oktober 2016 ble UNEs vedtak funnet gyldig av Oslo tingrett.

Klageren søkte på nytt om oppholdstillatelse for familieinnvandring til ektefellen i mai 2017. UDI avslo søknaden, og UNE opprettholdt avslaget i vedtak 30. april 2019. UNE viste til at søknaden kunne avslås fordi det var mest sannsynlig at ekteskapet var et såkalt omgåelsesekteskap, der det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet var å skaffe klageren oppholdstillatelse i Norge, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Dette ble i hovedsak begrunnet med en henvisning til tidligere avgjørelser.

Når vilkårene i § 40 fjerde ledd er oppfylt «kan» oppholdstillatelse nektes, men det foreligger ikke en plikt til dette. I avslagsvedtaket begrunner UNE hvorfor de kom til at adgangen til å avslå søknaden skulle benyttes. I denne vurderingen la UNE blant annet vekt på at det fremdeles var mest sannsynlig at klagerens hovedsakelige formål med ekteskapet var å få oppholdstillatelse i Norge, og de konkluderte med at klageren ikke hadde et «rettskrav på tillatelse etter utlendingsloven § 40».

I beslutninger 31. mai, samt 10. og 24. september 2019 kom UNE til at de ikke ville omgjøre sitt tidligere vedtak.

Klageren, ved advokat André Møkkelgjerd, varslet UNE om søksmål 29. juni 2020. I søksmålsvarselet ble det blant annet vist til ombudets uttalelse 31. januar 2020 (SOM-2019-617) og tolkningen av føringene i forarbeidene for utøvelsen av kan-skjønnen etter utlendingsloven § 40. Det ble også anført at den aktuelle saken hadde en rekke likhetstrekk med saken som var bakgrunnen for ombudets uttalelse.

Søksmålsvarselet ble besvart 11. august 2020. UNE besluttet å ikke omgjøre vedtaket. I avgjørelsen opplyste UNE blant annet at de mente kan-skjønnen i utlendingsloven § 40 fjerde ledd var vurdert grundig i vedtak av 30.04.2019, og at vedtaket er gyldig.

Advokat Møkkelgjerd klaget saken til Sivilombudet 2. oktober 2020 på vegne av klageren. I klagen viste han i hovedsak til anførslene nevnt over fra varselet om søksmål.

Våre undersøkelser

Sivilombudet besluttet å undersøke UNEs vurdering av kan-skjønnnet. Det vil si vurderingen av om klageren skulle få oppholdstillatelse selv om det var adgang til å nekte oppholdstillatelse etter § 40 fjerde ledd. Spørsmålene gjaldt blant annet om UNEs skjønn var forsvarlig og i tilstrekkelig grad fulgte føringene for utøvelsen av kan-skjønnnet i forarbeidene til § 40 fjerde ledd.

Vi spurte om UNE hadde tatt stilling til om saken var omfattet av forarbeidenes føringer for utøvelsen av kan-skjønnnet i forarbeidene.

UNE svarte at begrunnelsen i vedtaket tilsa at nemnda hadde vært klar over føringene og hadde tatt stilling til om saken var omfattet av disse. Vedtaket viser til føringene, og selv om det ikke uttrykkelig ble skrevet, mente UNE at det fulgte av begrunnelsen at nemnda mente at saken ikke var omfattet av dem.

Til støtte for dette viser UNE blant annet til to momenter de mener taler for at ekteskapet ikke var en realitet for klageren: hans dårlige kjennskap til ektefellen, og at ektefellen ikke var en mer integrert del av klagerens familie. UNE skrev videre:

«Vedtaket viser også til en vurdering av om det er momenter som tilsier at oppholdshensikten ikke er like fremtredende. Disse vurderingene synes knyttet til om hovedformålet med ekteskapet har endret seg og om ekteskapet ikke lenger er et omgåelsesekteskap, men er også relevante for om saken er omfattet av føringene i forarbeidene.»

Videre stilte vi flere spørsmål knyttet til forvarligheten av skjønnsutøvelsen, med utgangspunkt i vedtakets begrunnelse for kan-skjønnnet.

På bakgrunn av formuleringer i vedtaket spurte vi om det var en dekkende beskrivelse av UNEs generelle praksis at terskelen for å innvilge tillatelse etter kan-skjønnnet i § 40 fjerde ledd er «høy», og om det var i tråd med føringene i forarbeidene å operere med en slik «høy terskel».

UNE svarte at terskelen ikke er høyere hos UNE enn det forarbeidene tilsier, men at de fleste sakene ikke er omfattet av disse føringene. UNE skrev at nemndas uttalelse kan misforstås hvis den leses isolert.

Vi stilte videre spørsmål knyttet til formuleringer i vedtakets konklusjon om at klageren ikke hadde «rettskrav på tillatelse» fordi «klagerens hovedsakelige formål med ekteskapet» ikke hadde endret seg.

Vi spurte om formuleringen ga uttrykk for en riktig forståelse av loven og føringene i forarbeidene, herunder om det var i tråd med forarbeidene å legge avgjørende vekt på om formålet med

ekteskapet hadde endret seg fra ekteskapsinngåelsen til vedtakstidspunktet. UNE svarte blant annet at de forsto formuleringen som en konklusjon på hele vurderingen av utlendingsloven § 40 fjerde ledd, og ikke kun om kan-skjønn. Videre påpekte de at spørsmålet om det fortsatt foreligger omgåelseshensikt, er et relevant hensyn, og at nemnda etter deres syn også hadde lagt vekt på momenter som tilsa at ekteskapet ikke var ment å ha en realitet for klageren.

Videre viste vi til vedtakets omtale av uttalelsen i Høyesteretts dom Rt. 2013 s. 917 (avsnitt 34) om at det er søkerens og ikke ektefellens motiv som er avgjørende i vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap. Vi spurte om det var dekkende å vise til denne dommen som ledd i vurderingen av kan-skjønn.

UNE svarte at ektefellens formål er relevant for kan-skjønn, men ikke alene avgjørende for utfallet av saken. UNE erkjenner at uttalelsen i Rt.2013 s. 917 ikke gjelder kan-skjønn, og at det derfor ikke er dekkende å henvise til denne dommen. De mener imidlertid at konklusjonen om at ektefellens formål ikke vil kunne være avgjørende, uansett er korrekt.

På spørsmål om UNE hadde lagt til grunn en riktig forståelse av vurderingstemaet i kan-skjønn, svarte UNE at kan-skjønn var riktig forstått i vedtaket, men at det med fordel kunne ha vært tydeligere begrunnet. UNE mener videre at skjønnsutøvelsen ikke var beheftet med slike feil at den var ugyldig.

Sivilombudet stilte også spørsmål om vedtaket oppfylte kravet til begrunnelse i forvaltningsloven § 25 tredje ledd, herunder om det skulle fremgått av vedtaket at UNE hadde tatt stilling til om saken var omfattet av føringene i forarbeidene.

UNE pekte på at det kom frem at de hadde utøvet et kan-skjønn. De mente at kravet til begrunnelse når det gjelder føringene i forarbeidene vil variere. I saker som faller utenfor føringene, er det ikke påkrevet at det kommer frem av vedtaket om saken omfattes av føringene. UNE viste til rettspraksis fra lagmannsretten som støtte for dette, men opplyst at de var enige i utsagn i to av dommene om at UNE bør gi mer utfyllende begrunnelser knyttet til føringene i forarbeidene, selv om det motsatte ikke innebærer ugyldighet.

Enkelte deler av UNEs redegjørelse til ombudet er beskrevet nærmere nedenfor under ombudets syn på saken.

Advokat Møkkelgjerd kommenterte UNEs redegjørelse og viste blant annet til at ombudets uttalelse SOM-2019-617 ikke var omtalt i vedtaket. Det ble også vist til UNEs rapport om sin generelle praksis om utlendingsloven § 40 fjerde ledd av 14. desember 2020. Det var ikke sannsynliggjort at UNE hadde tatt stilling til om saken var omfattet av føringene i forarbeidene og hvilken betydning dette eventuelt ville få.

Vi stilte også spørsmål knyttet til om vedtaket oppfylte kravet til begrunnelse i forvaltningsloven § 25 tredje ledd. I denne sammenhengen spurte vi blant annet om det gikk frem av vedtaket at UNE

hadde tatt stilling til om saken var omfattet av føringene i forarbeidene og hvilken betydning dette eventuelt ville ha.

UNE pekte på at det kom frem at de hadde utøvet et kan-skjønn. De mente at kravet til begrunnelse når det gjelder føringene i forarbeidene vil variere. I saker som faller utenfor føringene, er det ikke påkrevet at det kommer frem av vedtaket om saken omfattes av føringene. UNE viste til rettspraksis fra lagmannsretten som støtte for dette, men opplyst at de var enige i utsagn i to av dommene om at UNE bør gi mer utfyllende begrunnelser knyttet til føringene i forarbeidene, selv om det motsatte ikke innebærer ugyldighet.

Sivilombudets syn på saken

1. Var UNEs skjønnsutøvelse saklig og forsvarlig?

1.1. Det rettslige utgangspunktet for skjønnsutøvelsen i § 40 fjerde ledd

En utlending har på nærmere vilkår rett til oppholdstillatelse i Norge når vedkommende er ektefellen til en norsk statsborger bosatt i riket, jf. utl. § 40 første ledd bokstav a. Etter § 40 fjerde ledd «kan» imidlertid slik oppholdstillatelse 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.»

Hvis utlendingsmyndighetene kommer til at «det hovedsakelige formålet» med ekteskapet har vært å få opphold i Norge, må de også ta stilling til om adgangen til å avslå oppholdstillatelse skal benyttes, jf. begrepet «kan». Denne vurderingen omtales som et «kan-skjønn» av Høyesterett i HR-2013-1358-A, avsnitt 39. Vurderingen faller i utgangspunktet innenfor forvaltningens frie skjønn.

I likhet med domstolene har ombudet en begrenset adgang til å kontrollere forvaltningens skjønnsmessige avveininger. Foruten saksbehandlingen kan ombudet i slike saker prøve om forvaltningen har foretatt et tilstrekkelig saklig og forsvarlig skjønn (ofte kalt «myndighetsmisbrukslæren»). I Rt. 2015 s. 1232 formulerte Høyesterett dette som en prøving av om skjønnnet hadde vært «tilstrekkelig saklig og bredt» (avsnitt 41). I konklusjonen viste Høyesterett til at «[d]e sentrale relevante momentene er tatt med i vurderingen».

Forarbeidene gir føringer for «kan-skjønnnet» i § 40 fjerde ledd, jf. følgende utdrag fra NOU 2004:20, side 229.

«For eksempel vurderer både kvinner og menn fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller ekteskap med en person bosatt i et vestlig land som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og eventuelt sine barn. I noen tilfeller inngås ekteskap med denne motivasjonen fra

søkerens side uten at partene har hatt noen videre forutgående kontakt. Referansepersonen kan imidlertid ha som hovedformål å etablere et reelt ekteskadelig forhold til søkeren. Isolert sett kan det ikke anses som noe formål å motvirke opphold i Norge gjennom slike ekteskap så lenge det ikke er grunn til å betvile at ekteskapet samtidig er ment å skulle ha en realitet. I enkelte tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse fremstå som så dominerende at det likevel kan være grunn til å nekte tillatelse. Her må de nærmere vurderinger overlates til praksis.»

I Ot.prp.nr.75 (2006–2007), punkt 9.6.2.5, slutter departementet seg til utvalgets synspunkter, og uttaler blant annet:

«Det vises til at søkere fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det isolert sett ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet. Selv om ordlyden i bestemmelsen kan omfatte disse tilfellene, legger departementet derfor til grunn at slike saker som hovedregel ikke skal avslås. I visse tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse være så fremtredende at spørsmålet bør bedømmes annerledes.»

Ifølge forarbeidene skal altså oppholdstillatelse «som hovedregel» innvilges i en del nærmere bestemte tilfeller der ekteskapet er ment å være reelt. Utenfor disse tilfellene tilsier forarbeidene at det skal gis avslag. Dette gjelder særlig tre situasjoner: 1) der ekteskapet ikke er ment å ha realitet (de klassiske proforma-sakene), 2) saker der ikke bare søker, men også ektefellens hovedmotiv for ekteskapet er oppholdsgrunnlag for søker og 3) der søkerens oppholdshensikt er så fremtredende at det uansett bør gis avslag.

Det følger av dette at om ekteskapet er ment å ha en realitet, eller på vurderingstidspunktet viser seg å ha hatt det, vil være et viktig moment i kan-vurderingen

Som ombudet uttalte 18. mai 2017 (SOM-2016-413), innebærer uttalelsene i forarbeidene blant annet at utlendingsmyndighetene ikke kan etablere en praksis hvor det alltid gis avslag på opphold dersom vilkårene for avslag er oppfylt etter ordlyden i § 40 fjerde ledd. Det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle. Forarbeidenes føringer må regnes som sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen, som utlendingsmyndighetene i den enkelte sak har en plikt til å vurdere betydningen av.

Ombudets prøving av skjønnet i § 40 fjerde ledd vil kunne innebære å vurdere om UNE har lagt tilstrekkelig vekt på forarbeidenes føringer. Prøvingen vil også kunne innebære en vurdering av om føringene er forsvarlig avveid mot andre momenter i saken, eller om andre hensyn har blitt gitt uforholdsmessig stor vekt (jf. kravet om at skjønnet må være «tilstrekkelig bredt»).

1.2. UNEs kan-skjønn i denne saken

Utlendingsnemnda slår innledningsvis fast at nemnda anser ekteskapet som et omgåelsesekteskap, fordi det er mest sannsynlig at As hovedmotiv for å inngå ekteskapet var å få opphold i Norge. Nemnda viser i hovedsak til vurderingen av dette spørsmålet ved behandlingen av tidligere søknad om familieinnvandring. Etter nemndas syn foreligger det ikke nye omstendigheter som gir grunn til en annen konklusjon.

Nemnda vurderer deretter om det likevel skal gis oppholdstillatelse, jf. kan-skjønnen i § 40 fjerde ledd.

1.2.1. UNEs vurdering av «terskelen» for innvilgelse

Innledningsvis gjengir nemnda forarbeidenes omtale av når utlendingsmyndighetene likevel ikke bør avslå en søknad om oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap. Disse er sitert over under pkt. 1.1. Deretter sies følgende:

«Forvaltningspraksis viser at det i svært få tilfeller gis tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap. Ut fra forvaltningspraksis kan man således si at terskelen er høy. Det er imidlertid få saker hvor det blir søkt for annen gang, slik forholdet er i denne saken»

Spørsmålet er etter dette om nemndas beskrivelse av terskelen for å innvilge tillatelse som «høy» innebærer at de har tatt et galt rettslig utgangspunkt ved vurderingen av kan-skjønnen etter § 40 fjerde ledd.

For ombudet er det uklart hva som er ment når det vises til at man ut fra forvaltningspraksis kan si at terskelen er «høy». Det fremgår ikke om det siktes til de situasjoner der det i forarbeidene legges til grunn at oppholdstillatelse «som hovedregel ikke skal avslås», eller om utsagnet omfatter alle omgåelsestilfeller.

En generell beskrivelse av terskelen som «høy» gir etter ombudets syn et lite dekkende bilde av hva som er en riktig rettslig forståelse av de føringer forarbeidene gir anvisning på. Som vist til over er det ulike situasjoner som karakteriseres som omgåelsesekteskap og som faller inn under utlendingsloven § 40. For noen typetilfeller vil det ikke være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse som følge av kan-skjønnen. I andre tilfeller gir tvert imot forarbeidene anvisning på at oppholdstillatelse som hovedregel ikke skal avslås.

Det er etter utlendingsloven § 40 ikke nødvendig å ta konkret stilling hva slags typetilfelle man står overfor. Å slippe å føre tilstrekkelig bevis for at ekteskapet ikke skulle ha noen realitet (proformatilfellene), var en viktig begrunnelse for regelen. Det kan være gode grunner for at forvaltningspraksis er svært streng for tilfeller som ligger tett opp mot proforma, og det kan også hende dette gjelder en stor andel av ekteskapene utlendingsforvaltningen regner som omgåelsesekteskap. Det er imidlertid vanskelig å se at det er grunnlag for en streng praksis i saker

der faktum tilsier at det må vurderes om man står overfor en situasjon der oppholdstillatelse etter forarbeidene som hovedregel ikke skal avslås. I slike tilfeller vil en henvisning til «høy terskel» ikke være riktig.

Overfor ombudet erkjenner UNE at utsagnet kan misforstås hvis det leses isolert. UNE mener imidlertid at nemnda har ment å påpeke at de fleste saker i praksis ikke er omfattet av de tilfellene som er beskrevet i forarbeidene, og at uttalelsen derfor ikke indikerer at nemnda praktiserer en høyere terskel for innvilgelse enn det forarbeidene tilsier.

Ombudet finner det ikke nødvendig å ta stilling til om det er riktig at de fleste saker der formålet med ekteskapet er å oppnå oppholdsgrunnlag (omgåelsesekteskap), i praksis faller utenfor forarbeidenes føringer for innvilgelse. Ut fra begrunnelsen i vedtaket kan det se ut til at nemnda har lagt til grunn at det gjelder en «høy terskel» for innvilgelse i alle saker, og dermed ikke har lagt tilstrekkelig vekt på forarbeidenes føringer. Denne usikkerheten er ikke i seg selv avgjørende for ombudets vurdering av skjønnet, men har likevel betydning i en totalvurdering av om skjønnet er saklig og forsvarlig.

1.2.2. Betydningen av ektefellens motiver for ekteskapet

I vedtaket omtales videre betydningen av ektefellens motiver for ekteskapet:

«Slik det fremstod for nemnda under nemndmøtet, er det ikke tvilsomt at ekteskapet oppleves som reelt for klagerens ektefelle. Dette er imidlertid ikke avgjørende etter utlendingsloven. Det vises i den forbindelse til Høyesteretts dom i Rt. 2013 s.917 [skal være Rt. 2013 s. 937] hvor det fremkommer at det er klagerens, og ikke referansepersonens motiv som er avgjørende i vurderingen av om det er et omgåelsesekteskap. Nemnda mener derfor at formålet med ekteskapet for klagerens ektefelle ikke kan være avgjørende.»

Formuleringene her, og sammenhengen de kommer i, kan tyde på at UNE har lagt til grunn at ektefellens formål med ekteskapet ikke har betydning for kan-skjønnet. Dette er i så fall et feil utgangspunkt, da forarbeidenes føringer nettopp peker på dette som et moment av betydning for skjønnet, se sitatet over fra NOU 2004:20, side 229.

Uttalelsen i Rt. 2013 side 937 avsnitt 34 som det er vist til i vedtaket, gjelder ikke vurderingen av kan-skjønnet, men av om inngangsvilkåret i § 40 er oppfylt. At ektefellens motiv vil være relevant for vurderingen av kan-skjønnet, fremgår av avsnitt 39 i samme dom:

«Fleire stader i proposisjonen er det uttala at det skal visast varsemd med nekting der berre den eine har det eg har valt å kalle omgåingsføremål, sjå til dømes proposisjonen side 190 og Innst.O.nr.42 side 33. Dette går på utøvinga av «kan»-skjønnet etter utlendingslova § 40 fjerde ledd, som ikkje er tvistetema i saka.»

UNE har overfor ombudet uttalt at de mener nemnda kun har ment å påpeke at det er søkerens, og ikke ektefellens, motiv som er «avgjørende» i vurderingen av om det er et omgåelsesekteskap. Det

kan ikke utelukkes at dette er riktig, men da utsagnet er tatt inn i det som klart fremstår som en drøftelse av kan-skjønnnet, tilsier sammenhengen i vedtaket at nemnda feilaktig har ansett ektefellens motiver som irrelevante for kan-skjønnnet.

Nemnda har ikke ellers i drøftelsen vurdert hvilken betydning ektefellens motiv skal få for kan-skjønnnet, og UNEs begrunnelse forstås, lest i sammenheng, som om dette momentet anses som irrelevant.

Etter ombudets syn innebærer dette at UNE har tatt et feil utgangspunkt for kan-skjønnnet etter § 40 fjerde ledd.

1.2.3. Betydningen av om søkerens motiver for ekteskapet har endret seg etter ekteskapsinngåelsen

I vedtaket drøftes deretter om klagerens hovedformål med ekteskapet har endret seg etter ekteskapsinngåelsen. Etter en grundig redegjørelse for utviklingen i forholdet mellom ektefellene konkluderes det slik:

«Nemnda har sett hen til at ekteskapelige forhold kan ha ulike nyanser og at ikke alle de ovennevnte momenter har like stor vekt. Nemnda mener likevel samlet sett, at klagerens formål med ekteskapet i hovedsak fortsatt er å etablere et oppholdsgrunnlag i Norge for klageren.

Nemnda har også vurdert om det er andre momenter tilsier at oppholdshensikten er ikke like fremtredende, men kan ikke se at dette er tilfellet.

Da det på vedtakstidspunktet fremstår som mest sannsynlig at klagerens hovedsakelige formål med ekteskapet fortsatt er å få oppholdstillatelse i Norge, legger nemnda til grunn at klageren ikke har rettskrav på tillatelse etter § 40.»

Som det er beskrevet under pkt. 1.1 skal det ikke uten videre gis avslag på en søknad om familieinnvandring selv om et «hovedsakelig formål» med ekteskapet er å få oppholdsgrunnlag.

Formuleringene i konklusjonen i siste avsnitt i sitatet ovenfor tilsier at spørsmålet om klagerens motiv for ekteskapet har endret seg, likevel har blitt tillagt avgjørende vekt i forvaltnings-skjønnnet. I samme retning trekker den fremtredende plassen vurderingen av dette spørsmålet er viet i vedtaket. Spørsmålet er om det er saklig grunnlag for å tillegge dette momentet en så avgjørende vekt.

Overfor ombudet har UNE anført at formuleringen i siste avsnitt er ment som en konklusjon på «hele» vurderingen etter § 40, som tar opp i seg både vurderingen av inngangsvilkåret om omgåelsesmotiv og vurderingen av skjønnnet. Det kan ikke utelukkes at dette er riktig, men ut fra sammenhengen i vedtaket er det vanskelig å lese teksten som annet enn konklusjon på kan-skjønnnet. Innholdsmessig passer formuleringen heller ikke så godt som en beskrivelse av vilkårene i § 40, da vurderingen legger avgjørende vekt på klagerens nåværende motiver for ekteskapet og ikke

motivene på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen. Det er tidspunktet for ekteskapsinngåelsen som er avgjørende for om vilkårene for rett til familieinnvandring er oppfylt.

Etter ombudets syn, er det begrunnet tvil om UNE har tatt riktig utgangspunkt for kan-skjønn. Ut fra begrunnelsen i vedtaket synes UNE å ha lagt til grunn at tillatelse etter kan-skjønn i § 40 fjerde ledd bare kan skje der det hovedsakelige formålet med ekteskapet ikke lenger er å oppnå oppholdstillatelse i Norge. Uansett synes det klart at vedtaket legger større vekt på spørsmålet om klagerens motiver er endret enn det er grunnlag for.

1.2.4. Samlet vurdering av UNEs skjønnsutøvelse

Ved vurderingen av nemndas kan-skjønn etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd må det også sees hen til om skjønn sett i sammenheng fremstår som balansert og forsvarlig. UNE har brukt den største delen av begrunnelsen i vedtaket på å vurdere om klagerens hovedsakelige formål med ekteskapet fremdeles var å oppnå oppholdstillatelse og har gitt uttrykk for at dette er avgjørende for kan-skjønn. Om formålet fremdeles er å oppnå oppholdstillatelse er et relevant hensyn, men det kan neppe sies å være det sentrale hensynet i denne saken. Sett i sammenheng med at UNE synes å ha vurdert ektefellens motiv som irrelevant, gir dette inntrykk av at UNE har lagt uforholdsmessig vekt på enkelte hensyn, mens sentrale hensyn har vært oversett. I tillegg er det uklart hva nemnda har ment med at terskelen for innvilgelse er høy.

På bakgrunn av dette er ombudet kommet til at UNE ser ut til å ha tatt et uriktig utgangspunkt for skjønn. De har ikke fulgt opp føringene i lovens forarbeider og UNEs skjønnsutøvelse har derfor ikke vært tilstrekkelig saklig og forsvarlig.

2. UNEs begrunnelse for utøvelsen av kan-skjønn

I begrunnelsen for kan-skjønn viser nemnda til, og gjengir, uttalelsene om skjønnsutøvelsen fra forarbeidene. Det fremgår imidlertid ikke hvilken betydning nemnda har tillagt føringene, herunder om de mener saken faller innenfor den kategorien saker som omfattes av føringene og derfor «som hovedregel» skal innvilges. Spørsmålet er om dette innebærer at vedtaket ikke oppfyller lovens krav til begrunnelse.

Etter forvaltningsloven § 25 tredje ledd bør de hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn nevnes i begrunnelsen.

Selv om ordlyden i bestemmelsen bruker ordet «bør», er bestemmelsen forstått slik at det er en plikt til å redegjøre for hovedhensynene ved skjønn, jf. Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg. 2011), side 464 og Sivilombudets praksis, f.eks. SOM-2019-617.

Bestemmelsen gir uttrykk for ett minimumskrav, og omfanget av begrunnelsesplikten vil kunne variere ut fra sakens karakter og betydning for parten. Generelt gjelder at jo mer inngripende eller

tyngende vedtaket er, desto strengere krav stilles til begrunnelsen, jf. blant annet Høyesteretts dommer i Rt. 1981 s. 745 og Rt. 2000 s. 1056. I sistnevnte dom uttaler Høyesterett at bruk av statens forkjøpsrett er «generelt inngripende ved at vedtaket griper inn i frivillige kontraktsforhold». Saken gjaldt forkjøpsrett ved overdragelse av en konsesjonspliktig landbrukseiendom. I denne saken griper vedtaket inn i partenes mulighet til å etablere et frivillig, ekteskapelig samliv i Norge, og må etter ombudets syn regnes som et tyngende vedtak som tilsier en noe grundigere begrunnelse.

Kravet til redegjørelsen for hovedhensynene ved skjønnet vil også variere med hvor stor tvil det er om spørsmålet. Der et spørsmål ikke er beheftet med tvil, kan redegjørelsen for skjønnet være kort. I tilfeller hvor forvaltningen gir en utførlig redegjørelse for skjønnet, må denne være dekkende for hva som har vært avgjørende i saken.

UNE har vist til flere dommer fra lagmannsretten, der retten ikke har funnet det lovstridig at UNE ikke har vist til føringene for skjønnet i forarbeidene, med den begrunnelse at det i de aktuelle tilfellene var klart at saken falt utenfor forarbeidenes rekkevidde, se blant annet LB-2019-97080. I flere av disse sakene bemerkes det likevel at begrunnelsen burde vært mer utfyllende. Andre avgjørelser fra lagmannsretten gir eksempler på at tilsvarende korte begrunnelser for kan-skjønnet i § 40 fjerde ledd har ført til at vedtak har blitt kjent ugyldig, da retten ikke har ansett det klart at saken falt utenfor føringene.

Lagmannsrettspraksis synes etter dette å tilsi at det i utgangspunktet må fremgå av begrunnelsen at UNE har tatt stilling til om saken er omfattet av føringene, men at dette etter omstendighetene i den konkrete saken kan unnlates der det er «klart» at saken ikke er omfattet. Slik ombudet forstår rettspraksis, tenkes det her på tilfeller der ekteskapet ikke er ment å være reelt, der også referansepersonens hovedmotiv for ekteskapet er opphold for søker eller der søkers omgåelseshensikt er særlig fremtredende.

Selv om det ikke er avgjørende i denne saken finner ombudet grunn til å påpeke at jeg ikke uten videre er enig i at det er naturlig å anse slike tilfeller for å falle utenfor forarbeidenes føring. Føringene i forarbeidene har også betydning der de taler for at resultatet av kan-skjønnet bør bli et avslag, slik som i de tre situasjonene nevnt i avsnittet over. Etter ombudets syn er det derfor også i slike tilfeller naturlig å anse føringene som et hovedhensyn som skal nevnes i begrunnelsen, jf. § 25 tredje ledd. At det i slike situasjoner er vanskeligere å se for seg at manglende redegjørelse for føringene i begrunnelsen vil kunne føre til at et avslag på opphold er ugyldig, har ikke noen avgjørende betydning for innholdet i begrunnelsesplikten.

I UNEs vedtak i denne saken vises det til føringene i forarbeidene, som også gjengis, men det fremgår ikke av begrunnelsen om nemnda mente at saken var i den kategorien der føringene tilsier innvilgelse, eller om de mente føringene tilsa avslag.

Overfor ombudet anfører UNE at nemnda har lagt til grunn at saken var «så klar» at den ikke «var omfattet av føringene». Dette begrunnes blant annet med at nemnda har uttalt at det er «momenter i saken som taler for at ekteskapet ikke er reelt fra klagerens side». Videre viser UNE til at nemnda

ikke var i tvil om klagerens hovedformål, og til en uttalelse i vedtaket om at nemnda har «vurdert om det er andre momenter som tilsier at oppholdshensikten ikke er like fremtredende, men kan ikke se at dette er tilfelle».

Ombudet kan vanskelig se at det fremgår av begrunnelsen i vedtaket om nemnda har ansett saken for å falle innenfor eller utenfor de tilfellene hvor forarbeidene gir føringer om innvilgelse. De momentene som i hovedsak synes å være vektlagt, er andre enn de forarbeidene peker på, og det er ikke uttalt noe om hvilken betydning forarbeidene har for vurderingen.

Føringene i forarbeidene er et så sentralt spørsmål for kan-skjønnnet at det bør fremgå av begrunnelsen om UNE mener saken er innenfor den kategorien som tilsier avslag eller om føringene tilsier innvilgelse. Når dette ikke er gjort her, til tross for at det er funnet grunn til å gi en omfattende redegjørelse for kan-skjønnnet, så kan dette tyde på at vedtaket ikke gir en dekkende angivelse av hovedhensynene i skjønnnet, jf. kravet til begrunnelse i § 25 tredje ledd.

Det kan imidlertid også være at forarbeidene rent faktisk ikke ble vektlagt som et sentralt hensyn av nemnda. I så fall foreligger det ikke en mangel ved begrunnelsen, men ved skønnsutøvelsen.

Konklusjon

Ombudet har kommet til at det er mangler ved UNEs skønnsmessige vurdering av om oppholdstillatelse skulle avslås etter bestemmelsen i utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

I vedtaket gis det feilaktig uttrykk for at ektefellens motiv for ekteskapet ikke er relevant for skjønnnet. Videre har UNE lagt uforholdsmessig mye vekt på klagerens hovedformål med ekteskapet på vedtakstidspunktet. UNEs beskrivelse av terskelen for å innvilge tillatelse etter kan-skjønnnet i utlendingsloven § 40 fjerde ledd som generelt «høy», bidrar også til tvil om UNE har tatt riktig utgangspunkt for skjønnnet.

Ombudet er kommet til at UNE har tatt et uriktig utgangspunkt for skjønnnet. De har ikke fulgt opp føringene i forarbeidene til § 40 fjerde ledd og UNEs skønnsutøvelse har ikke vært tilstrekkelig saklig og forsvarlig.

På denne bakgrunn bes UNE om å behandle saken på nytt innen 17. januar 2022.

7.12.2021 (2020/3952)