

# Utlendingsnemndas rapport om familieinnvandring og omgåelsesekteskap – grunnlaget for dens vurdering av tidligere praksis og betydningen av mulige feil

31.5.2022 (2022/1146)

På bakgrunn av blant annet en uttalelse fra Sivilombudet utarbeidet Utlendingsnemnda (UNE) en rapport om sin tidligere praksis i saker om familieinnvandring på bakgrunn av ekteskap. Dette gjaldt saker der det var spørsmål om søkers hovedformål med ekteskapsinngåelsen var å oppnå oppholdstillatelse i Norge (omgåelsesekteskap). Rapporten handlet blant annet om UNE har fulgt føringer i lovforarbeidene for den skjønsmessige vurderingen (kanskjønnen) av om oppholdstillatelse skal innvilges. Disse føringer sier at utlendingsmyndighetene – selv om det foreligger omgåelsesekteskap – «som hovedregel» ikke skal avslå søknader fra «søkere fra den fattigere del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn», forutsatt at ekteskapet skal ha en realitet og det ikke foreligger en særlig dominerende omgåelseshensikt.

I rapporten kom UNE blant annet til at det ikke var funn som tilsa at UNE i sin alminnelige praksis hadde anvendt uriktig lovtolkning eller generelt hadde hatt en uforsvarlig saksbehandling. Rapporten konkluderte også med at det ikke var grunn til å gå gjennom tidligere saker på eget initiativ.

Sivilombudet er positiv til at UNE i rapporten har foretatt en vurdering av skjønnsutøvelsen i tidligere praksis. Ombudet har imidlertid flere merknader til grunnlaget for UNEs konklusjoner om at de aller fleste sakene i perioden frem til mai 2020 er riktig behandlet. Etter ombudets syn er det fortsatt begrunnet tvil om hvorvidt UNEs praksis frem til mai 2020 har vært i tråd med forarbeidenes føringer.

Ombudet ber på denne bakgrunn UNE om å være særlig oppmerksom på muligheten for feil ved sin tidligere skjønnsutøvelse når de behandler eventuelle begjæringer om omgjøring av avslag fra perioden før mai 2020.

## Sakens bakgrunn

Ektefelle til en person bosatt i Norge, har som hovedregel rett til opphold i Norge. Etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd kan søknad om opphold avslås 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». Ekteskap som inngås i den hensikt å få opphold i Norge, kalles gjerne omgåelsesekteskap.

Selv om vilkåret om at det hovedsakelige formålet med ekteskapet er å få opphold, er oppfylt, skal myndighetene vurdere om oppholdstillatelse likevel skal innvilges (kan-skjønnet), og det er også gitt føringer i lovforarbeidene for når oppholdstillatelse «som hovedregel» bør innvilges.

Sivilombudet har i sin klagebehandling uttalt seg kritisk til UNEs vedtak og begrunnelse i saker som gjelder utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

Utlendingsnemnda (UNE) ga 14. desember 2020 ut en rapport om sin nåværende og tidligere praksis i saker om familieinnvandring for ektefeller der utlendingsforvaltningen mener det foreligger omgåelsesekteskap etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

Rapporten gjaldt også praksis i utvisningssaker som springer ut av slike familieinnvandringssaker, men denne delen av rapporten er ikke tema her.

Bakgrunnen for rapporten er i rapporten beskrevet slik:

«En bakgrunn for rapporten er at Sivilombudsmannen 31.1.2020 ga en uttalelse til et vedtak fra Utlendingsnemnda (UNE) i en sak om omgåelsesekteskap, jf. omtalen i kapittel 5 nedenfor. Ombudsmannen kommenterte blant annet føringene i forarbeidene til den

aktuelle lovbestemmelsen. Både internt i UNE og fra eksterne aktører ble det reist spørsmål om betydningen av ombudsmannens uttalelse for UNEs saksbehandling, praksis eller vedtaksskrivning.»

UNE viser her til ombudets uttalelse i sak SOM-2019-617. I uttalelsen konkluderte ombudet slik om UNEs behandling av kan-skjønnnet i UNEs avslag på en søknad om familieinnvandring:

«Føringene i forarbeidene til omgåelsesbestemmelsen i utl. § 40 fjerde ledd [Ot.prp.nr.75 (2006–2007), punkt 9.6.2.5.] legger til grunn at utlendingsmyndighetene «som hovedregel» ikke skal avslå søknader fra «søkere fra den fattigere del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn», forutsatt at ekteskapet skal ha en realitet.

Ombudsmannen er kommet til at det er begrunnet tvil om UNE vurderte betydningen av føringene i forarbeidene ved den skjønnsmessige avgjørelsen av om søknaden om familieinnvandring skulle avslås. UNEs begrunnelse for skjønnnet oppfylte heller ikke kravene i forvaltningsloven § 25 tredje ledd.»

I uttalelsen kom ombudet også med følgende merknad til UNEs opplysninger om sin generelle praksis:

«Overfor ombudsmannen har UNE opplyst at de generelt følger forarbeidenes forutsetninger for skjønnsetningen. De opplyser imidlertid også at det «i få saker er gitt tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap». Det er uklart hva som menes med «få» saker, og om dette også gjelder de sakene forarbeidene forutsetter at «som hovedregel» skal innvilges. I så fall er det jo likevel usikkert om føringene følges opp i praksis.»

### [UNEs rapport finnes på hjemmesiden deres.](#)

I rapporten tar UNE blant annet stilling til om UNE i slike saker, har vurdert og tatt hensyn til føringene i forarbeidene som nevnes over og om disse vurderingene i nødvendig grad fremgår av begrunnelsen i vedtakene.

Rapportens konklusjon er at praksis etter våren 2020, generelt sett har vært i tråd med gjeldende rett. Praksis ble på dette tidspunkt justert noe som resultat av ombudets uttalelser – særlig med tanke på hvordan UNEs vedtak begrunnes og om det vises til forarbeidene i vedtaket. UNEs konklusjon er blant annet basert på en gjennomgang av de 30 aktuelle vedtakene som var fattet i perioden.

Ved vurderingen av praksis i perioden frem til våren 2020 konkluderer UNE i hovedsak slik:

«Selv om UNEs begrunnelser har blitt tydeligere, har vi ikke gjort funn som tilsier at UNE i sin alminnelige praksis har anvendt uriktig lovtolkning eller generelt har hatt en uforsvarlig saksbehandling i denne type saker. Vi ser ikke grunnlag for at UNE på eget initiativ gjennomgår tidligere vedtak på nytt. Dersom UNE mottar omgjøringsanmodning om gyldigheten av et tidligere vedtak, vil ellers UNE vurdere om anmodningen gir grunnlag for å behandle den aktuelle saken på nytt.»

UNE viser til at begrunnelsene i en del vedtak kunne ha vært mer utfyllende, og at de ikke når opp til den standard UNE har i dag. Etter UNEs syn var praksis generelt sett i tråd med loven, og saksbehandlingen var forsvarlig. UNE så av den ikke grunn til å gjennomgå tidligere praksis ytterligere. Grunnlaget for UNEs konklusjoner om praksis før mai 2020 er nærmere beskrevet nedenfor.

Etter å ha gjennomgått rapporten fant ombudet grunn til å undersøke UNEs konklusjon om praksis før mai 2020 og det grunnlag konklusjonen bygget på.

## Våre undersøkelser

I brev 21. juni 2021 til UNE stilte Sivilombudet flere spørsmål knyttet til rapporten.

Spørsmålene gjaldt særlig rapportens opplysninger om og begrunnelse for at det var innvilget svært få oppholdstillatelser etter den skjønnsmessige vurderingen.

Vi spurte også om UNE burde gitt mer veiledning om adgangen til å be om omgjøring overfor de som tidligere hadde fått avslag etter utl. § 40 fjerde ledd.

Det er redegjort for spørsmålene og UNEs svar under ombudets syn på saken nedenfor. Brevet til UNE og UNEs svar er tilgjengelig på Sivilombudets hjemmesider.

Ombudet beklager at det av ulike grunner har tatt lang tid hos ombudet å ferdigstille saken.

## Sivilombudets syn på saken

### 1. Innledning

I punkt 2 redegjøres det for gjeldende rett. I punkt 3 gir ombudet sine merknader til UNEs vurderinger og konklusjonen i rapporten. Ombudets synspunkter på hvordan UNE bør følge opp porteføljen videre, kommer i punkt 4.

### 2. Gjeldende rett

#### 2.1. Kan-skjønn i utlendingsloven § 40 fjerde ledd

Retten til familieinnvandring på grunnlag av ekteskap reguleres som nevnt av utlendingsloven § 40. Etter først ledd har en søker i utgangspunktet rett på oppholdstillatelse dersom han eller hun er gift med en norsk statsborger eller en som har midlertidig eller permanent oppholdstillatelse i en av kategoriene angitt i bestemmelsen. Det er også andre vilkår for oppholdstillatelse, som blant annet krav til alder, felles bosted og tidligere og fremtidig inntekt, jf. utlendingsforskriften §§ 10-8 og 10-9. Personen med en tilknytning til Norge som gir grunnlag for familieinnvandring – her ektefellen – kalles referansepersonen, jf. utlendingsloven § 39.

Loven gjør enkelte unntak fra ektefellers rett til familieinnvandring. Denne saken gjelder unntaket i § 40 fjerde ledd, som lyder:

«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.»

Der søkerens hovedformål med ekteskapet er å få oppholdsgrunnlag, «kan» utlendingsmyndighetene avslå søknaden. Bruken av begrepet «kan» innebærer at utlendingsmyndighetene må foreta en skjønnsmessig vurdering av om de skal avslå eller innvilge oppholdstillatelse. De kan ikke etablere en praksis hvor det automatisk gis avslag på opphold dersom vilkårene for avslag er oppfylt etter § 40 fjerde ledd. En slik praksis vil ikke være i samsvar med loven, se SOM-2016-413.

Det er i forarbeidene gitt føringer for kan-skjønnnet i § 40 fjerde ledd. I [NOU 2004:20 \(ny utlendingslov\)](#), omtales det slik i pkt. 8.5.4.2 (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 ekteskapelig 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 kan-skjønnnet utøves slik at oppholdstillatelse «som hovedregel» innvilges i nærmere bestemte tilfeller. Disse føringene er sentrale hensyn som utlendingsmyndighetene vil ha en plikt til å vurdere ved skjønnsutøvelsen.

Av beskrivelsen i forarbeidene om når en søknad om familieinnvandring som hovedregel skal innvilges, kan man motsetningsvis også slutte seg til hva som normalt skal lede til at søknaden, også etter den skjønnsmessige vurderingen, skal avslås. Det 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 referansepersonens (den ektefelle som bor i Norge) hovedmotiv for ekteskapet

er å gi søker oppholdsgrunnlag, og 3) der søkerens oppholdshensikt er så fremtredende at det uansett bør gis avslag.

Det er grunn til å understreke at det siste alternativet, «der søkerens oppholdshensikt er så fremtredende at det uansett bør gis avslag», må sees i sammenheng med øvrige vilkår i § 40 fjerde ledd. Grunnvilkåret for å kunne avslå en tillatelse etter § 40 fjerde ledd, er at søkers hovedhensikt med ekteskapet er å få oppholdsgrunnlag. Det er først når dette grunnvilkåret er oppfylt at utlendingsmyndighetene etter kan-skjønnnet må vurdere om opphold likevel skal innvilges. Ved tolkningen av uttalelsene i forarbeidene om i hvilke tilfeller oppholdstillatelse likevel skal innvilges, må det sees hen til at grunnvilkåret alltid vil være oppfylt der det skal utøves et skjønn. Uttalelsene i forarbeidene om at søknaden om opphold skal lede til avslag der søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse er «så fremtredende at spørsmålet bør bedømmes annerledes», må derfor forbeholdes situasjoner hvor oppholdshensikten er klart mer fremtredende enn det som kreves for oppfyllelse av grunnvilkåret, jf. § 40 fjerde ledd.

Hva som skal til for at «søkerens formål om oppholdstillatelse fremstå[r] som så dominerende ...», er av lovutvalget beskrevet som et område hvor «de nærmere vurderinger [må] overlates til praksis». Det er grunn til å understreke at selv om de nærmere vurderinger overlates til «praksis», må praksis ta utgangspunkt i de retningslinjer for skjønnnet som forarbeidene samlet sett beskriver.

## **2.2. Kort om kravet til begrunnelse**

Forvaltningsloven § 25 stiller krav til hvordan vedtak skal begrunnes. Etter bestemmelsens tredje ledd bør begrunnelsen nevne «[d]e hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvingen av forvaltningsmessig skjønn». De momenter som etter forarbeidene skal inngå ved skjønnsutøvelsen vil normalt være slike hovedhensyn som bør nevnes i begrunnelsen i saker med omgåelsesekteskap.

Vurderingen av om UNE har tatt et riktig rettslige utgangspunkt for vurderingen, og av om skjønnnet har vært tilstrekkelig saklig og forsvarlig, vil normalt ta utgangspunkt i den begrunnelsen UNE har gitt. Mangler ved begrunnelsene kan derfor gi grunnlag for tvil om det rettslige utgangspunktet har vært riktig.

## **3. Merknader til UNEs vurdering av praksis i perioden før mai 2020**

### **3.1. Innledning**

Et sentralt utgangspunkt for UNEs rapport er det faktum at UNE i svært få saker om omgåelsesekteskap har innvilget opphold etter kan-skjønnnet i § 40 fjerde ledd.

Rapporten oppgir ikke noe eksakt antall for slike innvilgelser, men det opplyses at det dreier seg om «få saker». Muntlig har UNE opplyst til ombudet at det gjelder mer enn én sak og færre enn ti saker i perioden fra 2010 til mai 2020.

I perioden 2010 til mai 2020 avslo UNE, ifølge rapporten, familieinnvandring i 487 saker med hjemmel i bestemmelsen om omgåelsesekteskap. Tallene tilsier at det kun er omtrent én prosent av sakene der en søknad om familieinnvandring er innvilget som følge av de føringer for skjønnet forarbeidene har gitt anvisning på.

Andelen søknader som innvilges fremstår som lavt sett hen til uttalelsene i forarbeidene om at en viss gruppe av saker som hovedregel likevel skal innvilges selv om det hovedsakelige formålet for søker er å etablere grunnlag for opphold.

Ifølge UNE skyldes det lave antallet i hovedsak at de aller fleste sakene er det UNE omtaler som «klare» saker, som de mener faller utenfor de sakene som «som hovedregel» skal innvilges ut fra forarbeidenes føringer, fordi de gjelder tilfeller der «søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse fremstå[r] som så dominerende at det likevel kan være grunn til å nekte tillatelse».

UNE begrunner at de fleste sakene er «klare saker» med flere generelle trekk ved behandlingen av sakene, se punkt 3.2. flg.

### **3.2. Kan antallet saker der det ikke foreligger omgåelsesekteskap, forklare den lave andelen innvilgelser etter kan-skjønnet?**

I saker som gjelder omgåelsesekteskap, har UNE i den aktuelle perioden omgjort rundt 120 avslag fra UDI. I disse 120 sakene har UNE kommet til at grunnvilkåret i § 40 fjerde ledd ikke var oppfylt. Det vil si at UNE mente det ikke var grunnlag for å konstatere at det hovedsakelige formålet med ekteskapet var å etablere grunnlag for opphold. I rapporten skriver UNE blant annet følgende om betydningen av dette:

«Det at nesten alle omgjøringer bygger på at ekteskapet ikke er et omgåelsesekteskap, tilsier at det er vurderingen av hovedformålet med ekteskapet som blir avgjørende, og at UNE i tvilstilfeller konkluderer med at det ikke er omgåelse. Kan-skjønnet i lovens § 40 fjerde ledd kommer dermed på spissen i få av vedtakene.»

I svaret til ombudet utdypes argumentasjonen noe:

«Det at UNE i de fleste omgjøringene har kommet til at det ikke var et omgåelsesekteskap, fremfor å unnlate å nekte tillatelse etter denne bestemmelsen, viser at disse sakene har fått sin løsning gjennom bevisvurderingen om oppholdshensikt og ikke ved bruk av «kan»-skjønnet. Det tilsier at UNE har latt tvil om formålet med ekteskapet komme klagerne til gode, derunder styrken i en oppholdshensikt. I lys av det vi i rapporten og i dette brevet ellers har trukket fram, underbygger dette at det er i de mer klare tilfellene, der oppholdshensikten er «så fremtredende», at UNE har opprettholdt UDIs vedtak etter lovens § 40 fjerde ledd.»

Som UNE er inn på, er det bare er der vilkårene i § 40 fjerde ledd er oppfylt, at det skal gjøres en skjønnsmessig vurdering av om oppholdstillatelse likevel skal innvilges. Det er i utgangspunktet derfor vanskelig å forstå hvordan antallet vedtak der det konkluderes med at det ikke foreligger

et omgåelsesekteskap, kan forklare at der UNE derimot mener det foreligger omgåelsesekteskap, er det bare ca én prosent av søknadene som innvilges etter kan-skjønnnet.

Slik ombudet forstår UNE, synes begrunnelsen å bygge på at en omgjøringsandel på ca. 15 % i klageinstansen (120 av 620 saker) betyr at UNE, ifølge rapporten, tolker lovens krav til hva som er et omgåelsesekteskap, såpass strengt at det er lite rom for det skjønnnet Stortinget har lagt til grunn skal skje. Det kan tyde på at UNE ved klagebehandlingen har en praksis der det skal mer til for å konstatere oppholdshensikt, enn det førsteinstansen har praktisert. Det er i så fall i seg selv noe overraskende. UNE skal legge til grunn at det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen var å etablere oppholdsgrunnlag for søkeren dersom dette er det mest sannsynlige. Dette påpeker også UNE selv i rapporten på side 5, under henvisning til utlendingslovens forarbeider, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190.

I de sakene der UNE kom til at det forelå et omgåelsesekteskap, synes rapporten å begrunne at så få søknader likevel ikke ble innvilget etter kan-skjønnnet, med at oppholdshensikten som regel var så fremtredende at søknaden falt inn under det som i forarbeidene er omtalt som tilfeller der «søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse fremstå[r] som så dominerende at det likevel kan være grunn til å nekte tillatelse».

Selv om dette skulle være en riktig vurdering, er det grunn til å stille spørsmål ved hvorfor slike konklusjoner så langt ombudet kjenner til, ikke er drøftet i det enkelte vedtak. Det er særlig grunn til det når forutsetningen for konklusjonen er at oppholdshensikten må være klart mer fremtredende enn det som allerede følger av grunnvilkåret, se omtalen av gjeldende rett i punkt 2.1.

Etter ombudets syn kan man neppe slutte noe annet ut fra at 120 saker ble omgjort enn at det oftere enn i en del andre sakstyper er uenighet mellom UNE og UDI om grunnvilkårene. Det er ikke i seg selv overraskende, gitt de særlig skjønnsmessige vurderingstemaene som oppstilles i § 40 fjerde ledd. En slik uenighet kunne man dessuten lett tenke seg også ville kunne oppstå rundt den skjønnsmessige vurderingen av om oppholdshensikten er særlig dominerende.

Ombudet minner om at det som har vært tema for ombudets tidligere kritikk, ikke har vært om det foreligger et omgåelsesekteskap eller ikke, men om UNE etter å ha kommet til at grunnvilkårene i § 40 fjerde ledd er oppfylt, faktisk har vurdert om oppholdstillatelse likevel skal innvilges.

### **3.3. Betydningen av UNEs rolle som klageinstans – klagen gjelder saker der det er gitt avslag hos UDI**

En annen årsak til få innvilgelser etter kan-skjønnnet er ifølge UNE at de bare får til behandling søknader om oppholdstillatelse som UDI allerede har vurdert og besluttet å avslå.

Overfor ombudet er dette utdypet slik:

«Det begrensede omfanget i UNE av saker som er omfattet av føringene i forarbeidene om når oppholdstillatelse bør gis, kan ses i sammenheng med den utsiling som skjer av UDI

som førsteinstans. Føringerne i forarbeidene gjelder som nevnt også UDI, og inntrykket fra våre klagesaker er at UDI ser ut til å anvende forarbeidene slik at de sjelden nekter tillatelse etter bestemmelsen der føringerne anviser at oppholdstillatelse bør gis.»

Sivilombudet er enig i at dersom UDI på riktig måte har tatt hensyn til forarbeidenes føringer ved sin skjønnsutøvelse, vil det være færre klagesaker hvor disse føringerne gir grunn til innvilgelse.

Sivilombudet er videre enig i at UNEs rolle som klageinstans tilsier at det må forventes langt flere avslag enn innvilgelser, også når det gjelder skjønnsutøvelsen. UDI bør jo generelt sett antas å ha vurdert de fleste saker på en riktig måte. Derfor er det f.eks. ikke overaskende at UDIs avslag etter § 40 fjerde ledd opprettholdes i ca. 500 av ca. 620 klagesaker hos UNE. Det er imidlertid vanskelig å se at rollen som klageorgan kan forklare at UNE kun innvilger opphold etter kan-skjønn i § 40 fjerde ledd i ca. 1% av sakene der slikt skjønn skal foretas.

Utover UNEs utsagn referert over om sitt inntrykk av klagesaker de har fått oversendt, er det få holdepunkter for å vurdere om UDIs praksis har vært i samsvar med forarbeidenes retningslinjer. Verdien av UNEs egne slutninger fra sakene de har fått oversendt, avhenger dessuten av at UNE selv har hatt en riktig oppfatning av retningslinjenes betydning når de har bedømt sakene. Da det nettopp er UNEs praksis i disse sakene som er tema her, blir en slik argumentasjon i stor grad selvrefererende og dermed av begrenset vekt.

### **3.4. Betydningen av at saker er avgjort av nemndleder**

UNE har vist til at de aller fleste sakene med avslag etter utl. § 40 fjerde ledd er avgjort av en nemndleder alene, og ikke av en nemnd. Vilåret for at en nemndleder skal kunne avgjøre en sak er at saken ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål», jf. utl. § 78 tredje ledd. UNE beskriver betydningen av dette slik i svaret til ombudet i denne saken:

«Nemndleders beslutning om avgjørelsesform indikerer hvor klar nemndleder oppfatter saken som. Der nemndleder har opprettholdt UDIs vedtak uten å ta saken i nemnd, har nemndlederen ment at det ikke foreligger tvil av betydning for utfallet. Nemndleder har da forutsetningsvis vurdert all informasjon som ligger i saken mot aktuelle lovbestemmelser og rettskilder. Dette tilsier at nemndleder ikke har vært i tvil om at saken ikke var omfattet av forarbeidenes føringer. Det er altså nemndledernes oppfatning av spørsmålet vi her sikter til. Utover det har ikke en nemndleders beslutning om avgjørelsesform bevisverdi for hvor fremtredende formålet om oppholdstillatelse er i en konkret sak. Men i det store bildet mener vi det er relevant i hvor stor grad nemndlederne opplever at omgåelsesakene for UNE reiser tvilsspørsmål av betydning for utfallet.»

Ombudet er enig i at det at de aller fleste sakene som har endt med avslag etter § 40 fjerde ledd er avgjort av nemndleder alene, tilsier at nemndleder i disse sakene ikke var i vesentlig tvil om spørsmål av betydning for resultatet.

Det er imidlertid vanskelig å se at nemndleders vurdering av tvil ved valg av behandlingsform kan si noe om hvorvidt en sak er det UNE omtaler som en «klar» sak. Det vil si en sak der det

foreligger en særlig fremtredende omgåelseshensikt som tilsier avslag, jf. forarbeidenes føringer.

I den grad man skulle tillagt nemndleders manglende tvil ved vurderingen av behandlingsform noen betydning som en indikator på at det foreligger en «særlig fremtredende omgåelseshensikt», måtte dette ha forutsatt at nemndleder i sakene har foretatt en reell vurdering av saken opp mot forarbeidenes føringer, og at det vanligvis vil forekomme klart mere tvil der saken vurderes å falle innenfor forarbeidenes føringer for innvilgelse enn der de faller utenfor. En slik sammenheng er ikke helt urealistisk, sett i lys av at de aktuelle sakene gjelder avslag. Slik ombudet ser det, er en slik forklaring likevel mindre sannsynlig.

Problemstillingen ombudet har tatt opp overfor UNE i tidligere klagesaker, er om forarbeidene er vurdert og hensyntatt ved UNEs behandling av saker etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd, til tross for manglende omtale i begrunnelsene og et svært lavt antall innvilgelser. Slik ombudet ser det, forutsetter manglende tvil i disse sakene, at nemndleder ved valg av beslutningsform har foretatt en slik lovmessig vurdering av forarbeidenes betydning og fastholdt at det ikke forelå tvil. Et nærliggende alternativ er at manglende tvil er en følge av at forarbeidenes føringer ikke i tilstrekkelig grad ble vektlagt i UNE. Henvisningen til avgjørelsesformen kan derfor også være resultat av en selvrefererende argumentasjon. Det vil si at det er nettopp den feilen som – i alle fall i flere saker – er gjort, som også har ført til at nemndleder sjelden har vært i tvil.

Det nevnes også at det ved vurderingen av hvilke slutninger som kan trekkes ut fra avgjørelsesformen, kan være grunn til å se hen til at det kun er et lite mindretall av sakene i UNE som behandles av full nemnd. For den aktuelle sakstypen – familieinnvandringsaker – ble kun 0,8 % av sakene i 2021 behandlet i nemnd (6 av 731 saker), jf. UNEs årsmelding for 2021.

### **3.5. Betydningen av UNEs praksis etter mai 2020**

UNE har i rapporten også begrunnet sin konklusjon med at praksis i UNE fra og med våren 2020 er representativ også for praksis før dette. Rapportens gjennomgang av tretti saker etter våren 2020 konkluderer med at skjønnets og begrunnelsen i vedtakene var i tråd med gjeldende rett. Dette indikerer, ifølge UNE, at også tidligere praksis var i samsvar med gjeldende rett. Bakgrunnen for konklusjonen synes primært å være tilbakemeldinger fra fagfolk i UNE om at praksis ikke har endret seg.

Slik ombudet forstår rapporten, var det i 21 saker det var aktuelt med et kan-skjønn. I disse sakene var UNE enig i UDIs vurdering av at det var et omgåelsesekteskap og også de øvrige vilkårene for å innvilge tillatelse var oppfylt. (Én av disse sakene endte med innvilgelse.) Antallet saker der det var aktuelt å foreta en skjønnsmessig vurdering (kan-skjønn) etter våren 2020 er derfor ganske lavt. Det er uansett ikke utenkelig at praksis kan ha endret seg noe som følge av den økte oppmerksomheten rundt kravene til kan-skjønnets og begrunnelsen for kan-skjønnets som følge av ombudets uttalelse, rettssaker og omtale i pressen. UNE opplyser også selv at det har skjedd en endring i hvordan vedtakene begrunnes.

Etter ombudets syn vil opplysninger om synspunkter om tidligere praksis innhentet fra fagfolk i UNE ha en viss betydning. Det må samtidig sees hen til at synspunktene er innhentet i etterkant

av oppmerksomhet både fra presse, domstoler og ombudet.

### 3.6. Betydningen av rettspraksis og ombudets klagebehandling

Som en del av argumentasjonen for at UNEs praksis har vært i tråd med gjeldende rett, har UNE i rapporten vist til to dommer fra lagmannsretten høsten 2020, LB-2019-97080 og LB-2019-94626. Etter rapporten har det kommet flere dommer fra lagmannsretten om kan-skjønn, og UNE har også vist til noen av disse i deres redegjørelse til ombudet i denne saken.

Domstolenes prøving av skjønn i de nevnte sakene har i stor grad konsentrert seg om spørsmålet om det aktuelle vedtaket har vært ugyldig på grunn av feil ved begrunnelsen, jf. forvaltningsloven § 25. I alle sakene har vedtakenes begrunnelse for skjønn i hovedsak bestått av en kort konklusjon om at det ikke er funnet grunn til å innvilge opphold i den aktuelle saken. Føringerne i forarbeidene og deres betydning for saken har ikke vært omtalt.

Lagmannsretten synes i alle sakene å ha lagt til grunn at UNEs begrunnelse for kan-skjønn burde vært bedre. Spørsmålet om eventuelle mangler ved begrunnelsen også betød at det var mangler ved skjønn, har imidlertid fått ulikt utfall.

I de tre sakene LB-2020-85266, LB-2020-142313 og LB-2019-94626 kom retten til at en begrunnelse som nevnt over ikke var i tråd med forvaltningsloven § 25, blant annet fordi det ikke var vist til forarbeidenes retningslinjer i vedtaket. I to av sakene medførte den manglende begrunnelsen ugyldighet. Vedtaket som var tema i LB-2020-85266 ble ansett gyldig fordi retten mente det ikke var sannsynlig at skønnsutøvelsen var mangelfull, og at det ikke var grunn til å regne med at feilen ved begrunnelsen hadde virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Det fremgår at retten mente saken falt utenfor forarbeidenes føringer for innvilgelse.

I alle de sakene hvor lagmannsretten ikke fant rettslige feil ved begrunnelsen for skjønn (LB-2020-35318, LB-2020108496 og LB-2019-97080), la retten til grunn at saken klart falt utenfor forarbeidenes føringer for innvilgelse, og at det derfor ikke var grunn til å vise til disse føringerne i begrunnelsen.

Spørsmålet er så hva disse sakene sier om risikoen for feil ved skjønn i UNEs avgjørelser før mai 2020.

Sakene illustrerer at begrunnelsene for kan-skjønn har vært svært knappe. Samtidig viser dommene også at flere vedtak har blitt ansett gyldige selv om de ikke viser til forarbeidenes føringer. Avgjørende for gyldigheten synes å være om det var klart ut fra sakens omstendigheter og begrunnelsen for øvrig at den faller utenfor de føringerne som tilsier innvilgelse.

UNE har rett i at flertallet av saker der retten har vurdert begrunnelsen for skjønn har endt med at UNEs vedtak ble kjent gyldig. To av seks saker endte likevel med ugyldighet, noe som illustrerer en risiko for feil. Praksis fra lagmannsretten gir dessuten etter ombudets syn ikke noen gode svar på hvorfor UNEs kan-skjønn i perioden før mai 2020 nesten aldri endte med innvilgelse.

Lagmannsretten har i flere av de aktuelle sakene vektlagt at forarbeidenes føringer var sentrale, generelt tilgjengelige, og etter det opplyste skal ha vært godt kjent hos utlendingsmyndighetene, som argumenter for at føringene var vurdert og hensyntatt selv om det ikke var vist til dem i begrunnelsen. Ingen av sakene har imidlertid drøftet betydningen av at kan-skjønnen i praksis kun ender med innvilgelse i en helt marginal andel av sakene. Det har domstolene antagelig heller ikke vært klar over.

UNE har også vist til at få saker har endt med kritikk fra Sivilombudet. Det bemerkes at ombudet etter at rapporten ble gitt ut, har kritisert UNE i én sak til. Det bemerkes videre at ombudet vil ha et begrenset antall klager til behandling, og at avslutningen av en sak hos ombudet ikke innebærer at ombudet går god for vurderingene UNE har gjort, jf. blant annet saken som er omtalt i rapportens punkt 5.2.

### **3.7. Særlig om betydningen av manglende begrunnelser**

Som det fremgår av flere dommer i lagmannsretten og av klagesaker hos ombudet – til dels også av UNEs rapport – har flere av UNEs vedtak i perioden vært mangelfullt begrunnet, selv om omfanget av mangelfulle begrunnelser ikke er nærmere kartlagt.

I enkeltsaker er det i utgangspunktet forvaltningen som må sannsynliggjøre at de har foretatt et tilstrekkelig saklig og forsvarlig skjønn, for eksempel ved å vise hva som fremgår av vedtakene eller av sakens interne dokumenter. Ved vurderingen av holdbarheten av en generell praksis vil det være relevant om store deler av porteføljen mangler en tilstrekkelig begrunnelse. Der skjønnen kun er beskrevet nærmere i et fåtall saker, vil disse sakene være viktige for vurderingen av praksis for den aktuelle porteføljen. Eventuelle vedtak som klart angir et riktig rettslig utgangspunkt, vil kunne svekke mistanken om generelle mangler ved skjønnsutøvelsen, mens vedtak som angir et galt rettslig utgangspunkt vil kunne styrke en mistanke om mangler ved skjønnen i porteføljen som helhet.

Etter rapporten har det kommet en ny uttalelse fra Sivilombudet som er av interesse. I uttalelse 7. desember 2021 (SOM-2020-3952) kritiserte ombudet et vedtak hvor det var gitt en utførlig beskrivelse av hva som var vektlagt i skjønnen. Av vedtakets begrunnelse fremgikk det etter ombudets syn at UNE hadde tatt feil rettslig utgangspunkt for kan-skjønnen, og at føringene i forarbeidene til § 40 fjerde ledd ikke var fulgt. Når UNE i enkeltsaker hvor det er redegjort for skjønnsutøvelsen, synes å ta feil rettslig utgangspunkt, vil det være en indikasjon på at det kan være gjort feil også i andre saker der begrunnelsen er mangelfull og det ikke fremgår hva som har vært vektlagt i skjønnsutøvelsen.

Flere dommer fra lagmannsretten legger, som nevnt, til grunn at UNEs skjønnsutøvelse har vært korrekt på bakgrunn av en generell antakelse om at UNE har kjent til og anvendt føringene i forarbeidene riktig. I en helhetlig vurdering av en portefølje vil indikasjoner fra enkeltsaker der UNE har utvist et mangelfullt skjønn tilsa at slike generelle antakelser ikke nødvendigvis er riktige. Fraværet av tilstrekkelige begrunnelser i flere saker i kombinasjon med enkeltsaker der begrunnelsen tilsier at det er gjort feil ved skjønnsutøvelsen, gir etter ombudets syn en indikasjon på at det kan være mangler ved skjønnen også i flere saker i porteføljen.

### **3.8. Samlet vurdering av rapportens konklusjoner om praksis før våren 2020**

Ut fra den plass forarbeidene vier føringene for skjønnsutøvelsen, og hensett til hvordan de er formulert, virker det lite sannsynlig at lovgiver så for seg at disse skulle leder til at oppholdstillatelse ble innvilget i bare ca. 1 % av de saker der det skal utøves et skjønn. Føringene gjelder riktignok kun en avgrenset gruppe saker, men innenfor denne gruppen sier forarbeidene at tillatelse «som hovedregel» skal innvilges.

Enkelte av argumentene UNE peker på i rapporten, kan bidra til å forklare at kan-skjønn som oftest vil ende med avslag. Andre argumenter som trekkes fram har etter ombudets syn begrenset betydning. Samlet sett kan ikke ombudet se at de forholdene UNE har pekt på i rapporten gir noen tilfredsstillende forklaring på den svært lave andelen innvilgelser etter kan-skjønn og den manglende omtalen av forarbeidenes føringer i UNEs vedtak

Etter ombudets syn er det fortsatt begrunnet tvil om UNEs praksis frem til mai 2020 har vært i tråd med forarbeidenes føringer.

## **4. Hvilke konsekvenser bør usikkerheten om tidligere praksis ha**

### **4.1. Plikt til å informere partene om muligheten til å be om omgjøring?**

I tilfeller der det er grunn til å mistenke at forvaltningen har begått feil i en saksporfølje, er det spørsmål om forvaltningen bør foreta seg noe for å rette opp i eventuelle feil. Der mistanken og den potensielle uretten er stor, bør forvaltningen på eget initiativ gjennomgå sine tidligere avgjørelser av eget tiltak. UNE har i rapporten kommet til at de ikke har noen slik plikt i dette tilfellet. I ombudssaken har vi ikke stilt spørsmål ved denne del av konklusjonen. Ombudet har i undersøkelsen derimot spurt UNE om det burde vært gjort mer for at partene i tidligere saker ble oppmerksomme på muligheten til å be om omgjøring av tidligere vedtak.

I visse tilfeller kan det tenkes å foreligge en rettslig forpliktelse til å opplyse om adgangen til å be om omgjøring ut fra veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11.

UNE har pekt på at tiden som har gått, kan ha gjort at oppholdssøknader ikke er aktuelle lenger, f.eks. fordi partene ikke lenger er gift, eller har etablert seg varig i et annet land. UNE har også vist til at de ikke nødvendigvis vil ha oppdatert kontaktinformasjon til alle, uten at UNE tillegger dette noen stor betydning.

De ektefellene som fortsatt holder sammen og stadig ønsker å leve sammen i Norge, vil antakelig i større grad enn andre følge med på den informasjonen utlendingsforvaltningen gir ut på sine hjemmesider. Der har UNE blant annet lagt ut rapporten og på bakgrunn av den opplyst om muligheten for å begjære omgjøring for saker som er avslått etter § 40 fjerde ledd. Risikoen for feil ved skjønnsutøvelsen i disse sakene har også vært fremme i norsk media ved flere anledninger. Selv om det er indikasjoner på at UNE kan ha tatt feil rettslig utgangspunkt i en del saker, er det trolig ikke grunnlag for en rettslig plikt etter forvaltningsloven § 11 til å gi ytterligere informasjon og veiledning direkte til de som tidligere har fått avslag.

### **4.2. UNEs vurdering av fremtidige omgjøringsanmodninger**

Selv om UNE ikke har en plikt til å kontakte tidligere søkere, ber ombudet UNE merke seg konklusjonen i punkt 3.8 ved behandlingen av eventuelle omgjøringsanmodninger i saker avgjort før mai 2020. Der verken UNEs tidligere vedtak eller de interne merknadene nevner retningslinjene for kan-skjønnnet i forarbeidene, bør UNE være særlig oppmerksomme på risikoen for feil ved kan-skjønnnet i det opprinnelige vedtaket. UNE bør også være oppmerksomme på tilfeller der begrunnelsen i vedtaket eller i interne merknader på saken kan gi grunn til å tro at det ble tatt et galt rettslig utgangspunkt for kan-skjønnnet.

## Konklusjon

Sivilombudet er positiv til at UNE i rapporten har foretatt en vurdering av skjønnsutøvelsen i tidligere praksis. Ombudet har imidlertid flere merknader til grunnlaget for UNEs konklusjoner om at de aller fleste sakene i perioden frem til mai 2020 er riktig behandlet. Etter ombudets syn er det fortsatt begrunnet tvil om hvorvidt UNEs praksis frem til mai 2020 har vært i tråd med forarbeidenes føringer.

Ombudet ber på denne bakgrunn UNE om å være særlig oppmerksom på muligheten for feil ved sin tidligere skjønnsutøvelse når de behandler eventuelle begjæringer om omgjøring av avslag fra perioden før mai 2020.

31.5.2022 (2022/1146)