



SIVILOMBUDSMANNEN

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

www.regjeringen.no/id2479748

Vår referanse	Deres referanse	Vår saksbehandler	Dato
2016/913	16/564-8	Karen Haug Aronsen	29.06.2016

Høringsvar – forslag til ny lov om statens ansatte

Det vises til høringsnotat 1. april 2016 fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Høringsnotatet gjelder forslag til ny lov om statens ansatte, som skal erstatte gjeldende tjenestemannslov.

Sivilombudsmannen har følgende merknader til lovforslaget:

Generelt

Lovfesting av kvalifikasjonsprinsippet

Ombudsmannen støtter forslaget om å lovfeste kvalifikasjonsprinsippet. Som nevnt i høringsnotatet blir det i tilsettingssaker ofte vist til ombudsmannens definisjon av kvalifikasjonsprinsippet. Når ombudsmannen vurderer om en tilsetting er gjort i tråd med kvalifikasjonsprinsippet, legges det til grunn at siktemålet i en tilsettingssak er å finne frem til den av søkerne som etter en samlet vurdering anses best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen er de kvalifikasjonskravene som er angitt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. Øvrige sentrale momenter er utdanning, praksis og personlig egnethet.

Departementet har foreslått at det skal fremgå av lovteksten at det ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert for en stilling, skal legges vekt på «utdanning, yrkeserfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen». Ombudsmannen anbefaler at det i lovteksten synliggjøres at «eventuelle lov- og avtalefestede krav» også skal være en del av den vurderingen som skal gjøres.

Dokumentasjon av tilsettingsprosessen

Ombudsmannen behandler jevnlig klager over tilsettinger i offentlig forvaltning, og manglende skriftlighet har vist seg å være en gjentakende saksbehandlingsfeil. I mange av disse sakene synes mangelen å skyldes liten kunnskap om hva som ligger i kravet om

skriftlighet. Skriftlighetskravet springer ut fra det grunnleggende ulovfestede kravet om at all offentlig forvaltning skal være saklig begrunnet, og at saksbehandlingen skal være forsvarlig.

Forvaltningsloven § 17, som pålegger forvaltningen å påse at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, er et utslag av dette forsvarlighetskravet. For tilsettingsaker er det i forvaltningsloven § 3 andre ledd gjort unntak for plikten til å grunngi vedtaket, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25. Kravet til forsvarlig saksbehandling og saklige vurderinger gjelder likevel også i tilsettingsaker. Forvaltningen må derfor innrette sin saksbehandling slik at disse grunnleggende kravene ivaretas på alle trinn i tilsettingsprosessen.

Når forvaltningen ikke utarbeider skriftlig begrunnelse til partene, blir det desto viktigere å sikre at det i ettertid er mulig å kontrollere at tilsettingsprosessen har vært saklig og forsvarlig. Dette innebærer blant annet at hovedpunktene i tilsettingsprosessen bør nedtegnes skriftlig. I tilsettingsaker vil dette innebære at det føres referat fra intervjuer og fra samtaler med referanser, og at det utarbeides en skriftlig sammenlignende kvalifikasjonsvurdering som legges til grunn for selve tilsettingsvedtaket. Erfaring viser dessuten at skriftlighet gjennom hele tilsettingsprosessen er egnet til å bevisstgjøre beslutningstakere, og dermed sikrer saklig begrunnede og korrekte avgjørelser.

Nedtegnelser er også viktig for å kunne ivareta partsinteresser og den allmenne interesse i offentlige tilsettingsprosesser. Ved at de ulike saksbehandlingsskritt, så vel som avgjørelsens faktiske grunnlag og tilsettingsorganets vurderinger blir nedtegnet, blir det lettere å få tillitt til den avgjørelsen som er fattet. Faren for ubegrunnet mistanke om at det er tatt utenforliggende eller usaklige hensyn blir tilsvarende redusert. Skriftlighet vil med andre ord også kunne hindre at de statsansatte som deltar i tilsettingsprosessen, blir utsatt for ubegrunnet mistanke eller kritikk.

Nødvendigheten av å dokumentere tilsettingsprosessen er blant annet synliggjort i Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2015/938. Det kan være hensiktsmessig at det framgår av forarbeidene til bestemmelsen som lovfester kvalifikasjonsprinsippet, at tilsettingsprosessen må være tilstrekkelig dokumentert, blant annet for å sikre tillitten til forvaltningen og sørge for at det kan føres tilfredsstillende kontroll med tilsettingsvedtaket.

Ombudsmannen anbefaler videre at departementet vurderer om det bør fremgå av lovforslagets § 5 at innstilling skal avgis skriftlig.

Skriftlig advarsel - § 25 i lovforslaget

Slik lovforslaget er formulert, er Sivilombudsmannen i tvil om det er meningen å videreføre arbeidsgivers nåværende rett til å gi en tjenstlig tilrettevisning, i form av en skriftlig advarsel. Tjenstlige tilrettevisninger, uavhengig av om de er fremsatt skriftlig eller muntlig, er ikke å anse som enkeltvedtak, og kan derfor ikke påklages til overordnet forvaltningsorgan. Saker om tjenstlig tilrettevisning kan derimot bringes direkte inn for ombudsmannen. Advarsler som gis i form av ordenstraff, er derimot å anse som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 andre ledd. Vedtak om ordenstraff må behandles av overordnet klageorgan før det eventuelt kan bringes inn for ombudsmannen.

Slik lovforslaget er formulert, er det uklart om det er ment at alle former for skriftlige advarsler nå er å anse som enkeltvedtak med klagerett, eller om det er ment å opprettholde skillet mellom tjenstlige tilrettevisninger, også slike som gis skriftlig, og advarsler som anses som ordenstraff og dermed er enkeltvedtak. Det bes om at departementet klargjør om dette skillet skal opprettholdes.

Bestemmelser som gjelder ombudsmannens virksomhet

Virkeområde for loven

I lovforslaget § 1 nr. 4 er det foreslått at bestemmelsene i forslaget §§ 4 til 7 ikke skal gjelde for «statsansatte ved Stortinget, andre organer under Stortinget, Sametinget eller Stortingets ombudsmenn». Det fremgår av høringsnotatet at unntakene i hovedsak er ment som en videreføring av gjeldende rettstilstand. Etter dagens regelverk gjelder ikke de prosessuelle reglene knyttet til gjennomføring av tilsetninger for Stortinget og Stortingets ombudsmenn, jf. tjenstemannsloven § 6 nr. 1 og blant annet «Norsk tjenstemannsrett, Kommentarer til tjenstemannsloven med forskrifter m.v. av Bjørnaraa m.fl.» s. 247. Ombudsmannen stiller seg bak forslaget om at disse unntakene videreføres for Sivilombudsmannen. Hensynet bak unntakene, særlig ombudsmannens uavhengige og kontrollerende oppgave overfor statsforvaltningen, tilsier en særregulering forutsatt ved de forslåtte unntakene. I de tilfeller der ombudsmannens virksomhet reguleres av sivilombudsmannsloven med tilhørende instruks, vil disse bestemmelsene som «lex specialis» gå foran de mer generelle bestemmelsene i lov om statens ansatte. Det vises blant annet til sivilombudsmannsloven § 2, der det fremgår at det er Stortinget som fastsetter alminnelig instruks for ombudsmannens virksomhet, og spesielt til særreguleringen i sivilombudsmannsloven § 14 om ombudsmannens personale. Dette bør synliggjøres i proposisjonen.

Sivilombudsmannen er verken embetsmann eller ordinær tjenstemann, men er valgt av Stortinget for «4 år fra 1. januar året etter stortingsvalget», jf. sivilombudsmannsloven § 1 første ledd. Det legges derfor til grunn at lovforslaget – verken åremålsregler eller andre regler – er ment å omfatte sivilombudsmannen personlig.

Særskilt om fortrinnsrett for overtallige arbeidstakere

Ombudsmannen har mottatt flere brev fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet i forbindelse med at søkere har påberopt seg fortrinnsrett til ledige stillinger hos ombudsmannen. I brevene har departementet uttalt seg om hvorvidt søkeren «formelt sett [kan] hevde fortrinnsrett» til de kunngjorte stillingene.

Retten til ekstern fortrinnsrett følger av nåværende tjenstemannslov § 13 nr. 2 jf. § 5 nr. 4. Fortrinnsretten er ytterligere regulert av forskrift til lov om statens tjenstemenn m.m. § 8, som omhandler Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten. Sivilombudsmannen er uttrykkelig unntatt bestemmelsene i tjenstemannsloven § 5, jf. tjenstemannsloven § 6 nr. 1 første punktum. Om unntaket i loven § 6 nr. 1, står det følgende i «Norsk

tjenestemannsrett, Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter m.v. av Bjørnaraa m.fl.» s. 247:

«§ 6 nr. 1 første punktum unntar tjenestemenn tilsatt ved Stortinget, Riksrevisjonen eller Stortingets ombudsmenn fra tjenestemannsloven §§ 2, 3, 4 og 5. Lovens ordlyd er ikke heldig formulert.

Unntaket må nok forstås slik at det gjelder selve *tilsettingsprosessen*, når tjenestemenn skal tilsettes i de nevnte virksomheter, jf. bestemmelsene om kunngjøring i § 2, om innstilling i § 4 og om tilsetting i § 5.

.....

Når det gjelder tjenestemenn ved Stortinget og Riksrevisjonen, så har dette unntaket vært tatt med i samtlige tjenestemannslover. Den utøvende makt, dvs. regjeringen, skal ikke ha adgang til å gripe inn i tilsettingen av tjenestemenn i tilfeller hvor Stortinget er overordnet myndighet».

Dette taler for at Sivilombudsmannen er unntatt fra de *prosessuelle* reglene også knyttet til saker om fortrinnsrett. Når Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten ikke har myndighet over ombudsmannen, vil forutsetningsvis heller ikke Kommunal- og moderniseringsdepartementet, som rådets sekretariat, ha slik myndighet.

Sett i lys av at Sivilombudsmannens virksomhet i dag uttrykkelig er unntatt fra tjenestemannsloven § 5 på grunn av det generelle unntaket i tjenestemannsloven § 6 nr 1, er det noe uklart om også den *materielle* fortrinnsretten etter nåværende tjenestemannslov § 13 nr. 2 gjelder for stillinger hos Sivilombudsmannen. Ombudsmannen har merket seg at departementet har foreslått å avskaffe Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten og legge myndighet til å avgjøre saker hvor søker hevder fortrinnsrett til den enkelte statlige virksomhet. Dersom departementet ønsker at Sivilombudsmannen skal omfattes av bestemmelsen om fortrinnsrett for overtallige arbeidstakere i staten, må dette drøftes nærmere i proposisjonen. Alternativt bør det fremgå klart av lovteksten at Sivilombudsmannen ikke er omfattet av fortrinnsretten etter lovforslagets § 24. Etter ombudsmannens syn tilsier konstitusjonelle hensyn at Sivilombudsmannen ikke skal underlegges myndigheten til de organene han er satt til å kontrollere. Samtidig presiseres at de ansatte hos ombudsmannen, på lik linje med andre statlig ansatte, bør ha fortrinnsrett til andre stillinger i staten ved eventuell overtallighet begrunnet i forhold ved ombudsmannens virksomhet.

Aage Thor Falkanger
sivilombudsmann

